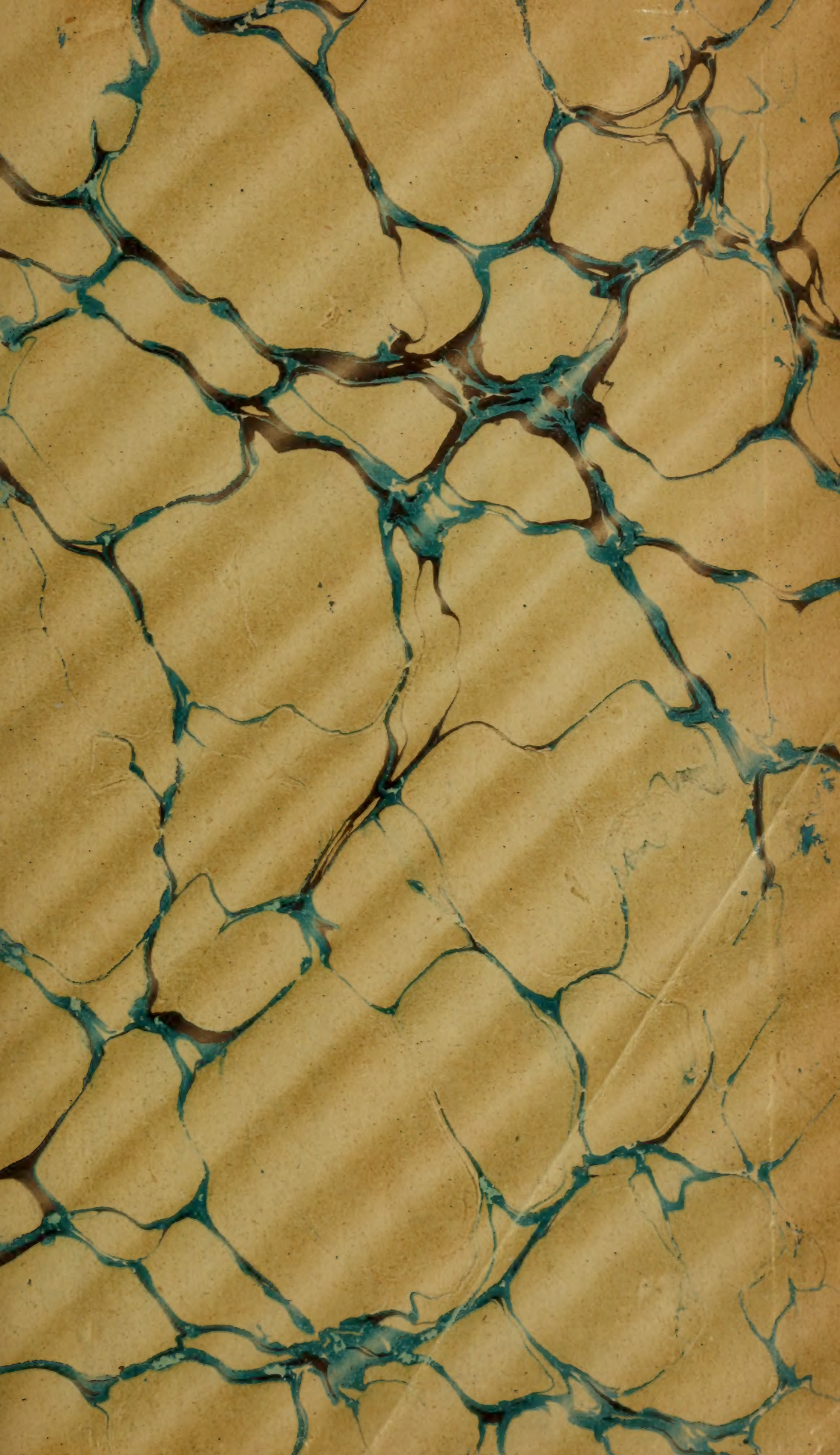
Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis



JAN 30 1954

UNIVERSITAS
O. M. I.
OTTAWIENSIS

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

V

DES PERSONNES

V

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES PERSONNES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

G. CHÉNEAUX

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE
DE LA PUISSANCE PATERNELLE
DE LA MINORITE, DE LA TUTELLE & DE L'ÉMANCIPATION

PH. BONNECARRÈRE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL
JUDICIAIRE

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence.

TOME CINQUIÈME

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908

Universitas Ottaviensis
BIBLIO

KE
50
.B3T
1908
v.5

KJV
450
.B83
1905
V.5

DE L'ADOPTION

ET

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

Livre I, titre VIII du Code civil).

---

1. Après avoir traité de la filiation légitime et de la filiation naturelle, le législateur s'occupe de la filiation adoptive, filiation purement civile et, par suite, fictive.

Dans son exposé des motifs au Corps législatif [1], Berlier a dit que l'adoption est « un acte de consolation pour celui qui adopte et un acte de bienfaisance envers celui qui est adopté ». Tel est bien en effet le caractère que présente cette institution dans notre droit actuel. Elle nous apparaît comme un moyen de procurer les douceurs d'une paternité fictive à ceux qui ne peuvent plus raisonnablement espérer une paternité réelle. Tout en laissant l'adopté dans sa famille naturelle, elle crée entre lui et l'adoptant des rapports analogues à ceux qui résultent de la paternité et de la filiation. L'adopté prend le nom de l'adoptant; il acquiert sur la succession de celui-ci les mêmes droits que s'il était né de lui en légitime mariage. Mais cette parenté civile résultant de l'adoption n'existe qu'entre l'adopté et l'adoptant seulement; les effets qu'elle produit sont limités à leurs relations réciproques.

(1) Locré, *Lég. civ.*, VI, p. 601.

L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant ; il ne devient pas le parent des parents de ce dernier.

2. L'adoption a existé chez la plupart des peuples anciens. On la signale notamment en Egypte, dans la Chaldée, dans l'Inde et aussi en Grèce et à Rome [1]. Mais, dans les législations primitives, elle joue un rôle tout différent de celui qu'elle remplit actuellement. C'est une institution à la fois politique et religieuse. On sait quelle importance les Grecs et les Romains des premiers âges attachaient à la conservation du culte domestique. L'adoption permettait à celui qui était menacé de mourir sans descendants de laisser après lui une personne chargée d'assurer le service des *sacra privata* et de rendre aux ancêtres les honneurs religieux que réclamaient leurs mânes. A cette idée religieuse venait s'ajouter une idée politique. L'adoption servait à empêcher l'extinction des familles, dont le maintien était considéré comme nécessaire à l'équilibre et à la prospérité de la cité [2]. Enfin l'adoption pouvait encore répondre à un autre besoin. A Athènes, on ne pouvait avoir d'autres héritiers que ses parents légitimes ; d'où la nécessité pour le *de cujus* de recourir à l'adoption pour se donner un successeur. A Rome, il valait mieux laisser des héritiers siens que des *heredes extranei*. C'est le concours de ces divers motifs, politiques, religieux et pécuniaires, qui explique le rôle considérable que joue cette institution à Rome et dans les républiques grecques. Ainsi se justifie également l'intervention de l'autorité publique dans les formalités de l'adoption. L'Etat y était en effet directement intéressé. Aussi voyons-nous à Rome l'adrogation se faire, au début tout au moins, au sein des comices par curies ; il fallait une loi curiate pour la réaliser. On comprend aisément la nécessité d'obtenir un vote des comices, puisque l'adrogation, ayant pour objet une personne *sui juris*, modifiait la composition des familles et pouvait faire disparaître un culte fami-

[1] Viollet, *Hist. du dr. civil français*, 1re édit., p. 402 ; Girard, *Manuel élément. de dr. romain*, 4e édit., p. 164.

[2] Ainsi, à Athènes, les magistrats veillaient à ce que les maisons ne devinssent pas *désertes*. — Beauchet, *Hist. du dr. privé de la République athénienne*, II, p. 1 et sq.

lial. L'adoption proprement dite, portant sur une personne *alieni juris*, intéressait la cité à un moindre degré; c'est pourquoi les formalités qui la constituaient se déroulaient seulement devant le magistrat. A Athènes, bien que l'Etat intervienne aussi dans l'adoption, le concours qu'il y apporte paraît moins actif qu'à Rome. Cela tient peut-être à ce que, la puissance paternelle n'y étant pas organisée comme elle l'était à Rome, l'adoption établissait entre l'adoptant et l'adopté un simple lien de parenté agnatique qui, sans doute, faisait disparaître les rapports de famille entre l'adopté et son père naturel, mais les laissait subsister à l'égard de sa mère [1].

L'adoption « imite la nature », nous disent les textes du droit romain [2]. Aussi celui qui se proposait d'adopter devait-il avoir la capacité physique d'engendrer. Le castrat ne pouvait, du moins jusqu'à l'empereur Léon, faire ni une adoption, ni une adrogation. Il en était autrement de l'homme simplement impuissant, parce que l'impuissance est susceptible de cesser. Il fallait de plus que l'adoptant ou l'adrogeant fût apte à acquérir la puissance paternelle. L'adoption, en effet, comme l'adrogation, faisait tomber l'adopté sous la puissance de l'adoptant. L'adopté sortait de sa famille naturelle ; il y perdait tous ses droits d'agnation et ne conservait que ceux qui étaient attachés à sa qualité de cognat. Il faisait désormais partie de la famille de son père adoptif et devenait l'agnat et même le cognat des agnats de celui-ci. Il prenait son nom, en conservant toutefois son propre nom dont la terminaison était changée.

Tels étaient les conditions et les effets principaux de l'adoption jusqu'à l'époque classique. Avec le temps, cette institution perdit son caractère primitif et ses effets furent modifiés. Elle ne tomba pas en désuétude lorsque, sous l'Empire, la famille romaine se fut désagrégée et lorsque le culte des ancêtres eut disparu. Elle se transforma simplement et se rapprocha davantage de ce qu'elle est maintenant. On permit

(1) Beauchet, *op.* et *loc. cit.*
(2) *Inst. Just.*, L. I, t. XI, § 4

l'adoption aux castrats, bien qu'ils ne puissent engendrer ; aux femmes, quoiqu'elles ne puissent exercer la puissance paternelle. Sous Justinien, à côté de l'*adoptio plena* qui produit les effets anciens, nous trouvons l'*adoptio minus plena* qui laisse l'adopté dans sa famille naturelle et lui fait simplement acquérir des droits de succession dans la famille de l'adoptant. L'adoption a du reste perdu beaucoup de son importance ; elle ne joue plus le rôle qu'elle jouait autrefois. Ce n'est plus cette institution touchant aux intérêts supérieurs de la cité et de la famille que nous avons décrite. Elle ne sert plus désormais qu'à satisfaire ce besoin naturel que nous éprouvons de laisser après nous un représentant de notre nom, sinon de notre race, de nous créer une descendance fictive, à laquelle nous rattachent les liens d'une affection mutuelle sanctionnée par la loi. L'adoption avait donc survécu aux causes qui l'avaient fait admettre. Mais sa nature s'était singulièrement altérée.

3. Dans les premiers siècles de notre histoire, nous retrouvons l'adoption romaine devant la curie [1]. Peut-être aussi l'adoption se faisait-elle par charte [2]. Les Germains avaient également introduit des formes nouvelles d'adoption dont les textes nous offrent quelques exemples [3]. Mais la pratique de l'adoption devint de plus en plus rare. Quelques coutumes proscrivirent même cette institution en termes exprès [4]. Pothier [5] n'en parle que pour constater qu'elle est depuis longtemps tombée en désuétude. On pouvait, il est vrai, sous notre ancienne jurisprudence, adopter un étranger sous la condition qu'il portât le nom et les armes de celui qui lui laissait ses biens par donation ou testament ; mais il n'y avait pas là une adoption véritable. Le gratifié ne recueillait les biens du disposant qu'en vertu de la donation ou du testa-

[1] *Recueil général des formules* de E. de Rozière, I, p. 143.

[2] De Rozière, *op. cit.*, p. 144-147.

[3] Sur les cérémonies de l'adoption chez les Germains, v. Viollet, *op. cit.*, p. 492 s.

[4] Cout. de la Chatellenie de Lille, ch. XIII. — Cout. d'Audenarde, rub. 20, art. 3.

[5] *Traité du contrat de mariage*, n. 172. — *Adde :* Argou, *Instit. au dr. franç.*, l. I, ch. IV, *in fine* ; Ferrière, *Dictionn. de dr. et de pratiq.*, v° *Adoption ;* Denisart, *Collect. de décis. nouv.*, v° *Adoption*, n. 5.

ment ; il ne les tenait pas de la loi [1]. L'affiliation, la subrogation par échange, l'affrérissement usités dans quelques parties de la France, si, par certains côtés, ils rappellent l'adoption, s'en distinguent cependant d'une manière très nette ; ces actes n'ont pas d'effet sur l'état des personnes qui y interviennent ; ce sont simplement des pactes sur succession future [2].

4. Au moment de la Révolution, l'adoption avait donc complètement disparu. L'état d'esprit qui caractérise l'époque révolutionnaire était favorable à la restauration de cette institution. Hantés par les souvenirs de l'antiquité romaine, préoccupés de donner satisfaction à ce qu'on appelait alors la sensibilité naturelle, les législateurs révolutionnaires devaient essayer de rétablir l'adoption. Aussi, dans la séance du 18 janvier 1792, l'Assemblée législative décréta que le comité de législation était invité à comprendre les lois relatives à l'adoption dans son plan général des lois civiles. Le 25 janvier 1793, la Convention nationale, après avoir déclaré adopter, au nom de la patrie, la fille de Lepelletier, chargea son comité de législation de lui présenter très incessamment un rapport sur les lois de l'adoption. En effet, le premier projet du code civil de Cambacérès contenait un titre spécial sur l'adoption. Le deuxième projet présenté par Cambacérès n'avait sur la matière que six articles incorporés dans le titre *De la paternité et de la filiation*. A part le premier article, le projet ne fut pas examiné.

Bien que l'adoption n'eût pas été expressément réglementée par le législateur, on avait cependant considéré dans le pays que le décret du 18 janvier 1792 l'autorisait implicitement, et, en fait, un certain nombre d'adoptions avaient été réalisées. Cette pratique semble même avoir été consacrée par certains actes législatifs, notamment par l'acte constitu-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Adoption*, § 1, n. 3.

(2) Denisart, *op. cit.*, v° *Adoption*, § 5 ; Merlin, *Rép.*, v^is *Adoption*, *Affiliation*, *Affrérissement*. — Merlin, *Rép.*, v° *Adoption*, § 1, n. 4, cite aussi l'espèce d'adoption que les hôpitaux de Lyon pouvaient faire des enfants recueillis par eux. Sur cette adoption, qui n'a guère de commun que le nom avec celle du code civil, v. Viollet, *op. cit.*, p. 407.

tionnel du 24 juin 1793, art. 4; le décret du 16 frimaire an III et celui du 19 floréal an VIII, et la loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, 9° [1].

5. Lors de la confection du code civil, la question de savoir si l'adoption serait admise dans nos lois et quelles en seraient désormais la nature et les conditions donna lieu aux discussions les plus vives. Les systèmes les plus opposés furent présentés par les divers orateurs, ce qui se comprend, étant donné la nouveauté de l'institution. La commission du gouvernement ne s'était pas occupée de l'adoption. Ce fut Berlier qui présenta un projet de loi sur la matière [2]. La rédaction du titre *De l'adoption* fut extrêmement laborieuse; le projet fut six fois remanié, et l'accord ne put s'établir qu'à la septième rédaction. La préparation du titre a passé par deux phases distinctes. La commission chargée de préparer le projet de code civil admit le principe même de l'adoption; mais elle voulut en faire une institution toute politique, et demanda qu'elle fût accordée par le Corps législatif en récompense de services éminents rendus à l'Etat [3]. Le conseil repoussa cette proposition au nom de l'égalité qui doit surtout régner dans les droits de famille, et l'on convint de faire de l'adoption une institution régie par la loi commune. Dans la séance du 14 frimaire an X, le premier consul prétendit que, même en lui reconnaissant ce caractère, il fallait confier à l'une des grandes autorités de l'Etat la mission de la prononcer. En effet, disait-il, l'adoption doit être une imitation parfaite de la nature, ou plutôt elle doit détruire l'œuvre de la nature; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès

[1] Avant et depuis la publication du code, divers actes législatifs ont proclamé des adoptions faites par la nation ou par le souverain, à titre de récompense nationale. V. décrets du 25 janv. 1793; du 15 vend. an II; du 16 vend. an II; du 23 niv. an II; du 16 frim. an XIV; loi du 13 déc. 1830. Il ne s'agit pas là, bien entendu, de l'adoption dont il est question au code civil.

[2] Séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an X. Locré, VI, p. 393 s.

[3] Les motifs de la commission furent très longuement développés par Tronchet et Maleville dans la séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an X. Locré, VI, p. 399 s., 403 s.

lors, l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes. Le système du premier consul fut accepté et un projet fut rédigé en ce sens [1]. Le conseil d'Etat en était arrivé à ce point lorsque survint le message du 12 nivôse an X qui interrompit ses travaux. Ceux-ci ne furent repris que onze mois environ après, et c'est alors que commence la nouvelle phase de la préparation. Dans l'intervalle, les idées du premier consul s'étaient modifiées; il avait abandonné sa théorie de l'adoption imitant la nature [2]. C'est pourquoi la question du caractère et même du principe de l'adoption fut reprise, sans que cependant, comme nous aurons plus tard l'occasion de le constater, les résultats auxquels avaient abouti les discussions précédentes aient été complètement laissés de côté. Après des débats assez longs [3], le conseil finit par adopter le système que le code a consacré. Il semble bien que les rédacteurs du code se sont principalement inspirés du code prussien (préparé en 1751, mais promulgué seulement en 1794). Berlier, dans l'exposé des motifs présenté par lui au Corps législatif le 21 ventôse an XI [4], déclara que les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines, lesquelles ne pouvaient convenir à nos mœurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le code prussien.

6. Peu après la promulgation du titre *De l'adoption* fut promulguée la loi des 25 germinal-5 floréal an XI. Cette loi avait pour but de régler le sort des adoptions faites depuis le décret du 18 janvier 1792 jusqu'à la publication du code civil. Le décret de 1792 avait autorisé implicitement les adoptions, mais sans les réglementer. Aussi les adoptions qui s'étaient réalisées dans la pratique avaient-elles été conclues avec les formes et dans les conditions les plus variées. Il était nécessaire de préciser sous quelles conditions

(1) V. les séances du conseil d'Etat du 16 frim. an X et du 4 niv. an X. Locré, VI, p. 461 s., 490 s.

(2) V. la séance du conseil d'Etat du 27 brumaire an XI. Locré, VI, p. 537.

(3) Séances des 11 et 18 frimaire an XI et du 5 ventôse an XI. Locré, VI, p. 545 s., 563 s., 581 s.

(4) Locré, VI, p. 598 s.

essentielles ces adoptions seraient tenues pour valables et quels effets elles avaient pu produire. A raison de la latitude extrême que l'autorisation générale donnée par le décret de l'Assemblée législative avait laissée aux parties, on ne pouvait sans injustice songer à faire rétroagir la loi nouvelle sur l'adoption. C'est en s'inspirant de cette idée d'équité que l'art. 1 de la loi du 5 floréal décide que « toutes adoptions faites par actes authentiques depuis le 18 janvier 1792 jusqu'à la publication des dispositions du code civil relatives à l'adoption seront valables, quand même elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter et être adopté ». La loi est donc aussi libérale que possible. Elle valide toutes les adoptions faites dans la période intermédiaire, sans les soumettre aux règles de fond ou de forme établies par le code. Une réserve est cependant indiquée par le texte : ces adoptions ne sont valables qu'à la condition d'avoir été faites par acte authentique. La loi n'ayant pas défini ce qu'il faut entendre par acte authentique, on doit admettre comme tel tout acte passé devant un fonctionnaire ou officier public ayant qualité pour conférer l'authenticité aux actes accomplis ou reçus par lui (1). A cette restriction énoncée par le texte, il convient d'en ajouter une autre qui résulte des principes généraux; la formule de la loi n'est pas tellement large qu'il faille valider toutes les adoptions, même celles qui sont intervenues entre personnes dont le consentement est affecté d'un vice. Mais, sauf la double réserve que nous venons d'indiquer, les adoptions visées par la loi du 5 floréal an XI ne sont soumises à aucune condition particulière de fond ou de forme (2).

Après avoir posé ce principe, la loi ajoute, dans son art. 2, que les individus adoptés pendant leur minorité pourront, dans un certain délai qu'elle détermine, renoncer à l'adoption. Mesure des plus équitables, puisque la loi valide même les adoptions qui ont eu pour objet des personnes mineures.

Quant aux effets de l'adoption, il est décidé par la loi que,

(1) V. Demolombe, *l. c.*, v° *Adoption*, n. 36.
(2) Merlin, *Répert.*, v° *Adoption*, § 2. Dalloz, *l. c.*, v° *cit.*, n. 45 s.

si les droits de l'adopté ont été réglés par un acte authentique, c'est aux clauses de cet acte qu'il faudra se référer. Dans le cas contraire, l'adopté jouira de tous les droits qui lui sont reconnus par le code, à moins que, dans les six mois de la publication de la loi transitoire, l'adoptant n'affirme, devant le juge de paix de son domicile, que son intention n'a pas été de lui conférer tous les droits de successibilité qui appartiennent à un enfant légitime. Si cette déclaration est faite, les droits de successibilité de l'adopté seront limités au tiers de ceux qui auraient appartenu à un enfant légitime. Au cas où l'acte authentique qui a réglé les droits de l'adopté lui aurait donné des droits inférieurs à ceux qui sont déterminés par le code, ceux-ci pourront lui être attribués en entier par une nouvelle adoption. Cette adoption nouvelle se fera suivant les règles du code, mais elle ne sera soumise, de la part de l'adoptant, à aucune autre condition que d'être sans enfants ni descendants légitimes, d'avoir quinze ans de plus que l'adopté, et, si l'adoptant est marié, d'obtenir le consentement de son conjoint (art. 3 à 6).

L'article 7 déclare d'ailleurs applicables aux individus adoptés depuis le décret du 18 janvier 1792, les art. 341, 342, 343, 345 et 346 du code civil [1].

Depuis cette loi des 25 germinal-5 floréal an XI, le législateur s'est, à diverses reprises, occupé de l'adoption. V. le sénatusconsulte du 28 floréal an XII, art. 4 et 31, les statuts du 30 mars 1806, les sénatusconsultes du 7 nov. 1852, art. 3, et du 21 mai 1870, art. 3 ; le décret du 1er mars 1808, art. 35, et la loi du 17 mai 1900 (Cette dernière loi a ajouté un alinéa à chacun des art. 353 et 354 C. civ.).

7. A côté de l'adoption, il existe une institution qui, dans le système du législateur de 1803, doit servir à la préparer ; c'est la tutelle officieuse, dont le nom tout au moins a été emprunté au code prussien. A raison des inconvénients qu'elle présente et des charges qu'elle impose à celui qui l'assume, elle ne joue pas un grand rôle dans la vie pratique, et les exemples en sont peu nombreux. C'est pourquoi les législa-

[1] Les art. 341 et 342 sont compris dans le titre *De la paternité et de la filiation*, et non dans le titre *De l'adoption*.

tions étrangères qui connaissent l'adoption ne l'ont pas admise en général.

8. L'adoption elle-même n'est du reste pas universellement consacrée. Un certain nombre de législations étrangères, même parmi celles qui dérivent de la nôtre, ne l'ont pas organisée. Ainsi la Hollande l'a retranchée du code civil. Le code civil du Bas-Canada et le code civil portugais l'ont rejetée. Elle est également inconnue en Angleterre.

Le code civil italien de 1868 (art. 202 à 219), le code civil espagnol de 1889 (art. 173 à 180), le code civil autrichien (art. 179 s.), le nouveau code civil allemand (art. 1741 à 1772) ont admis l'adoption, mais non la tutelle officieuse. En Russie, l'adoption existe, mais elle est soumise à des règles qui varient suivant les classes sociales [1].

9. Le titre VIII, L. I, du code civil est divisé en deux chapitres : l'un consacré à l'adoption, l'autre à la tutelle officieuse. Nous suivrons le plan adopté par le législateur.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADOPTION

10. On peut définir l'adoption : un acte solennel qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation.

Cet acte solennel est tantôt un contrat dont le ministre est le juge de paix [2] et qui doit être revêtu de la sanction judiciaire ; tantôt un acte testamentaire (art. 366).

On distingue trois espèces d'adoption : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire [3]. Ces deux dernières sont dispensées de quelques-unes des conditions exigées pour l'adoption ordinaire, ce qui les a fait dési-

[1] Ann. de la jur. *de lég. comp.*, 1891, p. 822.

[2] On l'un des fonctionnaires visés par l'art. 353, al. 2 (Loi du 17 mai 1900).

[3] La plupart des législations étrangères ne connaissent qu'une seule espèce d'adoption, qui se fait par contrat. Elles ne connaissent pas l'adoption rémunératoire, ou du moins les traitent d'une façon spéciale.

gner sous la dénomination commune d'adoption privilégiée. Au surplus, ces trois variétés d'adoption produisent les mêmes effets.

Nous traiterons successivement des conditions requises pour l'adoption, des formes de l'adoption, de son annulation, de sa révocation et de ses effets.

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ADOPTION

11. Ces conditions varient suivant qu'il s'agit de l'adoption ordinaire, de l'adoption rémunératoire ou de l'adoption testamentaire. Elles sont indiquées par les art. 343 à 346 et 366, qui énumèrent les conditions spéciales à l'adoption. En dehors de ces conditions, l'acte juridique dont nous nous occupons est soumis aux conditions générales auxquelles est subordonnée, d'après le droit commun, la validité des actes juridiques en général.

C'est des conditions spéciales à l'adoption que nous nous occuperons surtout, nous bornant à rappeler, sans y insister, celles qui dérivent du droit commun.

Les textes qui établissent ces conditions sont des textes exceptionnels. Ils doivent par conséquent recevoir une interprétation restrictive et l'on ne peut, sous aucun prétexte, ajouter à l'énumération qui y est contenue.

Nous examinerons successivement les conditions exigées par la loi pour l'adoption ordinaire, pour l'adoption rémunératoire et pour l'adoption testamentaire. Ces deux dernières sont, en principe, soumises, à ce point de vue, aux règles qui gouvernent l'adoption ordinaire. Celles-ci constituent le droit commun en notre matière. C'est pourquoi nous leur consacrerons de plus longs développements.

§ I. *Conditions requises pour l'adoption ordinaire.*

12. Il y en a qui sont communes aux deux parties contractantes, d'autres particulières à l'adoptant, d'autres enfin spéciales à l'adopté.

1° *Conditions communes aux deux parties contractantes.*

Elles sont au nombre de deux :

13. 1° L'adoptant et l'adopté doivent donner leur consentement à l'adoption, car l'adoption est un contrat (arg. art. 353).

L'adoption, comme tout acte juridique, suppose essentiellement une volonté libre et consciente d'elle-même. Elle sera donc annulable, conformément au droit commun, si elle est déterminée par le dol, l'erreur ou la violence [1]. Elle ne pourra être faite, ni acceptée, par une personne hors d'état d'émettre une volonté raisonnable [2].

La loi ne dit pas, d'une manière générale, quelle est la capacité requise en matière d'adoption. En ce qui concerne les mineurs, la question ne se pose pas, étant données les conditions imposées par la loi pour la validité de l'adoption [3]. Mais elle reste entière pour les autres catégories d'incapables. Dans le silence de la loi, nous devrons nous en référer aux règles du droit commun. Ainsi, avant la loi du 31 mai 1854, une personne frappée de mort civile ne pouvait ni adopter, ni être adoptée. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut certainement faire ou contracter une adoption sans l'assistance de son conseil, car cet acte n'est pas compris dans l'énumération limitative des art. 499 et 513 C. civ. Quant à la question de savoir si un interdit peut être partie à une adoption, elle se rattache à la question plus générale de savoir quelles sont les limites de l'incapacité dont il est frappé. Elle sera examinée au titre *De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire* [4].

[1] Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 5 ; Demolombe, VI, n. 42, 201 ; Laurent, IV, n. [illegible] — Cpr. Huc, III, n. 141, 142.

[2] L'art. 500 C. civ. devra-t-il alors recevoir son application ? La question sera examinée au titre *De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.*

[3] Quant aux femmes mariées, elles ne peuvent pas adopter sans le consentement de leur conjoint. Mais cette règle n'a pas été établie à raison de l'incapacité qui les frappe, puisque le mari ne peut pas non plus faire une adoption sans le consentement de sa femme. La question de savoir si la femme mariée peut être adoptée est examinée *infra*, n. 34. — V. en ce qui concerne la capacité requise pour l'adoption, C. civ. allemand, art. 1750, 1751 ; espagnol, art. 173, 178.

[4] V. Douai, 29 novembre 1856, D., 61. 1. 213, S., 61. 2. 138, et Cass., 1er mai 1861, D., 61. 1. 213, S., 61. 1. 513.

14. 2° Les deux parties doivent avoir la jouissance des droits civils *stricto sensu*. Cette condition n'est pas, il est vrai, indiquée expressément par les textes. Mais le silence que le législateur a gardé sur ce point s'explique aisément : au titre *De l'adoption* la loi s'occupe uniquement des règles particulières à l'adoption. Il était inutile de rappeler celles qui résultent du droit commun. La condition dont il s'agit est imposée par les art. 11 et 13 C. civ. dont l'interprétation, comme on l'a vu, n'est pas d'ailleurs sans présenter de sérieuses difficultés [1]. L'adoption est, à n'en pas douter, une institution du pur droit civil. La preuve en est que, pendant longtemps, elle n'a pas existé dans notre droit et que beaucoup de législations ne la connaissent pas. Touchant à l'état des personnes, à la constitution de la famille, modifiant le nom de l'adopté, elle dérive de la loi positive, du *jus civile* proprement dit. Dès lors, si l'on admet la distinction traditionnelle des droits civils *stricto sensu* et des droits naturels, un étranger ne peut être partie à l'adoption, ni comme adoptant, ni comme adopté, à moins qu'il n'ait été autorisé à fixer en France son domicile ou qu'il ne jouisse du bénéfice de la réciprocité diplomatique [2]. Il n'y a pas à distinguer, comme on l'a parfois proposé [3], entre l'adoption passive et l'adoption active.

Si l'on admet, avec certains auteurs, que les étrangers, en dehors des cas prévus par les art. 11 et 13 du code civil, ont la jouissance en France des seuls droits qui leur sont concédés expressément ou tacitement par les textes, il faut également décider, sans hésitation, qu'ils ne peuvent ni adopter,

[1] V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 636.

[2] Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 2; Duranton, *Cours de dr. fr.*, III, n. 277 et 287; Marcadé, II, n. 96; Demante, *Cours anal.*, II, n. 80 *bis*, II; Aubry et Rau, 5e éd., I, § 78, texte et note 61, et 4e édit., VI, § 566, p. 116; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 5; Gillet, *Rev. prat.*, 1877, XLIII, p. 294; Laurent, *Pr. de dr. civ.*, IV, n. 194; Dalloz, *J. G.*, v° *Adoption*, n. 98 et 111 à 114; *Suppl.*, n. 16 et 19. — Cass., 5 août 1823, *J. G.*, v° *cit.*, n. 112, p. 297, S., 23. 1. 353. — Cass., 22 nov. 1825 (même affaire), *J. G.*, v° *cit.*, n. 112, p. 298, S., 26. 1. 142. — Cass., 7 juin 1826, *J. G.*, v° *cit.*, n. 112, p. 298, S., 26. 1. 330. — Trib. de la Seine, 4 août 1883, *Journ. de dr. int. priv.*, 1884, p. 179.

[3] Colmar, 28 juill. 1821, *J. G.*, v° *cit.*, n. 112, p. 294, S., 21. 2. 288.

ni être adoptés. Car, nous l'avons remarqué, la loi est muette sur ce point [1].

Au contraire, on doit reconnaître ce droit à tous les étrangers, sans distinction, si l'on estime que ceux-ci jouissent en France de tous les droits privés qu'un texte formel ne leur retire pas. Les étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé peuvent donc être parties à une adoption, même en l'absence d'un traité diplomatique. On interprète en leur faveur le silence gardé par le législateur [2]. On peut également invoquer en ce sens les précédents historiques. L'adoption était permise aux étrangers dans la période intermédiaire (arg. l. 5 floréal an XI, art. 1 et acte constit. du 24 juin 1793, art. 4) [3].

II. *Conditions requises chez l'adoptant.*

15. Elles sont au nombre de six, indiquées par les art. **343**, **344** et **345**, al. **1**.

16. Première condition. « *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans...* », dit l'art. **343**. L'adoptant doit avoir plus de cinquante ans, c'est-à-dire au moins cinquante ans accomplis. En autorisant l'adoption avant cet âge, le législateur aurait peut-être détourné un certain nombre de citoyens du mariage ; telle paraît du moins avoir été sa crainte. Aucune dispense d'âge ne peut être accordée [4].

(1) Demolombe, VI, n. 48, et I, n. 245.

(2) Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, n. 54 et 383; Weiss, *Traité théor. et prat. de dr. intern. privé*, II, p. 204; Pasquale Fiore, *Dr. intern. privé*, I, n. 283, 284; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrang. en France*, p. 362; Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, I, p. 177; Zachariæ, I, § 59, p. 77, § 61, p. 81, § 155, p. 344; Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, III, n. 114 et 115; Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. int. privé*, n. 120 s. — Code civil italien, art. 3. — Code civil espagnol, art. 27. — Le nouveau code civil allemand reconnaît aux étrangers la capacité d'adopter en Allemagne (V. Loi d'intr., art. 17).

(3) V. cependant Besançon, 28 janv. 1898, *J. G.*, v° *cit.*, n. 70.

(4) Demolombe, VI, n. 12. Le nouveau code civil de l'Empire d'Allemagne, qui fixe également à cinquante ans l'âge requis pour adopter, permet d'accorder une dispense (art. 1743). — Sur la condition d'âge, v. C. civ. espagnol, art. 173; italien, art. 203; Zurich, art. 314; autre-Rhin, art. 180.

17. Deuxième condition. « *Qui n'auront, à l'époque de l'adop-* » *tion, ni enfants, ni descendants légitimes...* », continue le texte dont nous venons de reproduire le début [1]. Il faut donc que l'adoptant n'ait ni enfants, ni descendants légitimes au moment de l'adoption [2]. L'illusion d'une paternité fictive était inutile pour celui qui jouit des douceurs de la paternité réelle. D'ailleurs le législateur a voulu sauvegarder les droits des enfants ou descendants légitimes, auxquels l'adoption aurait causé préjudice, principalement en ce qu'elle fait acquérir à l'adopté sur la succession de l'adoptant les droits d'un enfant légitime.

Cette condition est nécessaire, mais elle est suffisante. Peu importe donc que l'adoptant ait ensuite des descendants légitimes. La naissance d'un enfant légitime qui surviendrait à l'adoptant postérieurement à l'adoption n'en entraînerait pas la nullité. Un acte qui, au moment de sa formation, satisfait aux conditions exigées par la loi pour sa validité, ne peut pas cesser d'être valable par suite de faits accomplis ultérieurement. Cette solution résulte d'ailleurs de l'art. 350, d'après lequel la survenance d'enfants légitimes de l'adoptant après l'adoption ne prive pas l'adopté du droit le plus important que l'adoption lui confère, celui de pouvoir réclamer sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime.

18. Cependant l'adoption serait nulle, si l'enfant légitime, né postérieurement, était déjà conçu au moment où elle a été

(1) Cpr. code civil allemand, art. 1741 : code civil espagnol, art. 174 ; code civil italien, art. 202 ; code civil de Zurich, art. 714 ; code civil autrichien, art. 179.

(2) Si l'enfant ou descendant légitime de l'adoptant est en état d'absence, l'adoption n'est pas possible. Il en serait ainsi alors même que, à la suite de la déclaration d'absence, l'envoi en possession définitif aurait été ordonné. Sans doute, les droits subordonnés au décès de l'absent peuvent alors être exercés. Mais il s'agit ici d'un acte juridique qui ne peut être formé sous une condition résolutoire. Les tribunaux devront donc refuser l'homologation de l'adoption tant que la preuve du décès de l'enfant ne leur est pas fournie. Si cependant, en fait, l'adoption a été homologuée, l'annulation n'en pourra être demandée qu'à la charge par le demandeur de prouver l'existence de l'enfant au jour où l'adoption a été conclue. Demolombe, VI, n. 22 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 3 (Cpr. la solution donnée en ce qui concerne le nouveau mariage du conjoint présent, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 1272).

contractée. Il faudrait appliquer ici la règle : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, règle que le législateur paraît avoir consacrée, notamment dans les art. 725 et 906 du C. civ. Un enfant simplement conçu fait donc obstacle à l'adoption, comme le ferait un enfant né antérieurement [1].

L'opinion contraire a été soutenue, mais sans succès. On a dit que l'adoptant peut ignorer la conception de son enfant ; que, d'autre part, le vœu de la loi est que les rapports résultant de l'adoption soient établis d'une manière fixe et certaine, dès que celle-ci est contractée. On ne peut donc, conclut-on, faire dépendre les effets de l'adoption d'événements aussi incertains que l'accouchement de la femme ou de la bru de l'adoptant et la viabilité de l'enfant. Cette manière de voir doit être repoussée sans hésitation. Elle se heurte à la règle que nous venons de rappeler, règle traditionnelle, dont le législateur ne paraît aucunement avoir voulu s'écarter. Nous nous bornons d'ailleurs à signaler cette thèse. Car, malgré l'autorité de celui qui l'a présentée, elle n'a pas recruté de partisans, et Valette est resté isolé [2].

Ainsi, un enfant légitime de l'adoptant forme obstacle à l'adoption, dès l'instant même de sa conception. Mais, pour que l'adoption soit nulle, il faut, bien entendu, que l'enfant naisse vivant et viable. Car les enfants qui naissent morts ou qui naissent vivants, mais non viables, sont considérés par la loi comme n'ayant jamais existé ; ils sont dépourvus de personnalité ; leur naissance ne peut produire d'effet juridique.

Comment pourra-t-on déterminer l'époque à laquelle l'enfant a été conçu ? On a dit que les juges sont investis, en cette matière, d'un pouvoir souverain d'appréciation, et qu'ils ne sont astreints à l'observation d'aucune règle [3]. Il y a là peut-être une exagération. Nous pensons que les juges ne peuvent, en aucun cas, dépasser les limites extrêmes que la loi a assignées à la gestation ; ils ne pourront pas décider que

(1) Demolombe, VI, n. 16 ; Laurent, IV, n. 128 ; Aubry et Rau, VI, § 556, texte et note 4 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, n. 112.

(2) Valette sur Proudhon, [illegible] *Traité des pers.*, II, p. 152, note *a*.

(3) Laurent, IV, n. 126.

la gestation a duré plus de 300 jours ou moins de 180 jours. Nous avons fait remarquer, en effet, au titre de la *Paternité et de la filiation* (1), que les art. 312 s. C. civ. ne fixent pas directement les délais de la gestation. Ils laissent seulement à entendre que la durée en est de 180 jours au moins et de 300 jours au plus. Il semble bien qu'il y ait là une *règle générale,* susceptible de recevoir son application en toute matière, et non pas seulement en matière de filiation.

Telle est la solution presqu'unanimement admise : L'enfant sera nécessairement réputé conçu avant l'adoption, s'il est né avant le 180e jour depuis que celle-ci a été contractée ; sa conception devra, au contraire, être réputée postérieure à l'adoption, si celle-ci a eu lieu 300 jours avant la naissance.

Mais que faut-il décider, si l'enfant est né le 180e jour au plus tôt, le 300e jour au plus tard depuis l'adoption ? On a dit que l'enfant a, dans ce cas, le droit de reporter sa conception à une époque antérieure à l'adoption et de faire annuler celle-ci (2). Cette proposition nous paraît erronée. Les art. 312 s. C. civ. permettent à l'enfant, dont les parents se sont trouvés mariés à un moment quelconque de la période de 121 jours dans laquelle peut se placer sa conception d'après la règle générale ci-dessus exposée, de se dire conçu en mariage, sans qu'aucune objection, tirée des circonstances, puisse, en principe, lui être opposée. Mais c'est là une présomption légale qui a été établie directement dans le but de faciliter à l'enfant la preuve de sa filiation. Les textes qui édictent des présomptions légales sont essentiellement de droit étroit. On ne peut en faire l'application à des hypothèses autres que celles en vue desquelles ils ont été écrits. Or, il ne s'agit pas ici de rechercher si les éléments de la légitimité existent, la filiation légitime de l'enfant n'est aucunement en cause ; il ne s'agit pas de savoir si cet enfant est, ou non, à raison de la date de sa conception, un enfant légitime. On veut déterminer l'époque à laquelle il a pu être conçu, non pour définir son état, mais pour fixer le sort de l'adoption.

(1) *Tr. des personnes,* IV, n. 434, 629.
(2) Duranton, III, n. 278; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 1.

Cette adoption est-elle valable? Voilà la question à résoudre; et c'est pour la trancher que l'on veut préciser l'époque de la conception. Cette question sera résolue par les juges du fait d'après les circonstances. Il leur appartiendra de déterminer en fait à quel moment l'enfant a été réellement conçu, entre les deux dates extrêmes auxquelles se placent le début de la plus courte et celui de la plus longue gestation [1].

19. L'adoptant se marie après l'adoption; il lui naît un enfant avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et cet enfant n'est pas désavoué (art. 314). L'adoption est-elle nulle? La négative est certaine. Sans doute l'enfant, né dans les conditions que nous venons de préciser, est légitime par sa naissance en mariage. Mais la légitimité lui est conférée par une sorte de légitimation dont les effets ne se produisent pas rétroactivement. L'enfant est né légitime; mais il n'avait pas cette qualité au moment de l'adoption, puisque le mariage qui la lui a donnée est postérieur à l'adoption. Celle-ci est donc inattaquable [2], même si, en fait, l'enfant était déjà conçu au moment où elle a été contractée.

20. L'adoption est permise à celui qui a un enfant naturel reconnu. La loi, dans l'art. 343, exige simplement de l'adoptant qu'il n'ait pas d'enfants, ni de descendants *légitimes*. Elle ne parle pas des enfants naturels. On a prétendu, il est vrai, que l'adjectif *légitimes* s'applique aux seuls *descendants*, et que dès lors la présence d'*enfants*, fussent-ils naturels, constitue, dans tous les cas, un obstacle à l'adoption. De même, a-t-on dit, le texte, parlant d'une manière générale des *descendants légitimes*, doit s'entendre aussi bien des descendants légitimes d'un enfant naturel que des descendants légitimes d'un enfant légitime. Cette interprétation de l'art. 343, produite devant la cour de cassation, a été justement repoussée par elle [3]. Il est arbitraire d'appliquer le qualifi-

(1) Marcadé, II, n. 191; Demante, II, n. 76 *bis*, III; Demolombe, VI, n. 17; Aubry et Rau, VI, § 556, note 4.

(2) Valleux, *loc. cit.*, n. 83; Duranton, III, n. 278; Aubry et Rau, VI, § 556, note 5.

(3) Cass., 3 juin 1861, D. 61. 1. 325, S. 61. 1. 990. — Cpr. Paris, 20 avril 1860, S. 60. 2. 225.

catif *légitimes* aux descendants à l'exclusion des enfants. Cela admis, puisque la présence d'un enfant naturel ne ferait pas obstacle à l'adoption, comment en serait-il autrement des enfants légitimes de cet enfant naturel ?

21. Si l'enfant naturel est légitimé par le mariage de ses auteurs, il est traité comme un enfant légitime. Mais la légitimation, ne produisant pas d'effet rétroactif, n'exerce aucune influence sur le sort des adoptions qui constituaient un fait accompli au moment où elle est survenue. C'est donc à la date du mariage dont est résultée la légitimation qu'il faudra s'attacher, et non à celle de la naissance de l'enfant, *à fortiori* à celle de sa conception. L'adoption qui a été faite avant la célébration du mariage sera inattaquable, fût-elle postérieure à la naissance de l'enfant légitimé. Seule sera nulle l'adoption qui a été contractée après le mariage.

22. La présence d'un enfant adoptif ne fait pas obstacle à une nouvelle adoption. L'art. 348 suppose qu'un même individu peut avoir plusieurs enfants adoptifs. Cela résulte également des travaux préparatoires [1]. Il est donc licite d'adopter plusieurs personnes, soit successivement, soit par le même contrat.

23. Troisième condition. Il faut que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que l'adopté [2] (art. 343 *in fine*). « Sans cette condition, dit Berlier, dans l'exposé des motifs, la protection légale qui doit résulter de l'adoption perdrait toute sa dignité » [3].

[1] Le projet primitif contenait un article aux termes duquel une personne qui avait déjà un enfant adoptif ne pouvait faire ensuite une nouvelle adoption. Cette disposition ne fut pas maintenue dans la rédaction définitive. Locré, VI, p. 396, 434, 491, 526. — En ce sens, Duranton, III, n. 291 ; Marcadé, II, n. 101 ; Toullier, I, n. 986 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 2 ; Demante, II, n 76 *bis*, I ; Demolombe, VI, n. 18 ; Aubry et Rau, VI, § 556, texte et note 7 ; Laurent, IV, n. 197. — Bourges, 21 frim. an XII, *J. G.*, v° *cit.*, n. 86, p. 288 (cet arrêt n'est d'ailleurs pas motivé). — Dans le même sens, C. civ. allemand, art. 1743 ; Zurich, art. 719. — Cpr. C. civ. italien, art. 203.

[2] Code civil espagnol, art. 173. — Dix-huit ans, dans le Code civil allemand, art. 1744, le Code italien, art. 202, et le Code civil autrichien, art. 180. — Seize ans, dans le Code de Zurich, art. 714. — Le Code civil allemand (art. 1745) permet d'accorder une dispense.

[3] Locré, VI, p. 605.

24. Quatrième condition. Si l'adoptant est marié, il faut que son conjoint consente à l'adoption [1]. « *Hors le cas de l'art. 366*, lisons-nous dans l'art. 344 al. 2, *nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint* ». Autrement l'adoption aurait pu être une cause de désunion dans le ménage. Elle peut blesser en effet les intérêts pécuniaires du conjoint de l'adoptant; d'abord en ce sens qu'elle crée une dette alimentaire à la charge de l'adoptant (art. 349); ensuite en ce qu'elle confère à l'adopté des droits successifs; or ces droits successifs feront échec à ceux du conjoint de l'adoptant et pourront même porter atteinte aux donations que l'adoptant aurait faites à ce même conjoint, car l'enfant adoptif a un droit de réserve comme l'enfant légitime, et, pour sauvegarder cette réserve, il a le droit de faire réduire les libéralités qui l'entament.

La loi étant conçue en termes généraux et absolus, on doit en conclure qu'elle devrait recevoir son application, quel que soit celui des conjoints qui se propose d'adopter. Le texte n'établit aucune distinction entre le mari et la femme. Le consentement du conjoint est nécessaire, alors même qu'il y aurait séparation de corps entre les époux [2]. De même, il faut décider, par identité de motifs, que le consentement du conjoint de l'adoptant ne pourrait pas être suppléé par la justice [3].

Cette condition est écartée au cas prévu par l'art. 366, c'est-à-dire lorsque le tuteur officieux confère à son pupille l'adoption par acte testamentaire.

A quel moment et sous quelle forme le consentement du conjoint doit-il être donné ?

Le consentement peut évidemment être donné dans l'acte même d'adoption. Mais la loi ne l'exige pas. Du silence des textes sur ce point, nous sommes autorisés à tirer cette conséquence que le consentement peut intervenir même posté-

(1) Code civil espagnol, art. 174. Code civil allemand, art. 1746; italien, art. 208; du Zurich, art. 715.

(2) Gillet, *Revue prat.*, 1877, XLIII, p. 288; Demolombe, VI, n. 26 *bis;* Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 4; Huc, III, n. 114.

(3) Cpr. Paris, 10 août 1870, D., 70. 2. 528, S., 99. 2. 71.

rieurement, jusqu'à ce que l'adoption soit devenue parfaite. La question revient à se demander à quel moment les conditions requises pour l'adoption doivent se trouver réunies. C'est ce que nous aurons plus tard l'occasion de préciser.

Le consentement peut être donné sous une forme quelconque (1). La loi ne contenant sur ce point aucune règle spéciale, exiger la forme authentique serait ajouter aux prescriptions légales. Le principe d'interprétation restrictive qui nous sert de guide en cette matière ne nous permet pas de le faire. Il a été jugé en ce sens que le consentement résulte suffisamment de la requête à fin d'homologation présentée par avoué aux noms de l'adoptant et de son conjoint (2).

En sens contraire, on a dit que la forme authentique est généralement requise pour les actes relatifs à l'état civil ; que l'acte d'adoption intéresse l'état des personnes et que, par suite, le consentement du conjoint doit être exprimé en la forme authentique (3). — Sans doute, la loi veut en général que les actes ayant l'état civil pour objet soient revêtus de cette forme. Mais n'a-t-elle pas voulu précisément s'écarter de cette règle en ce qui concerne le consentement du conjoint de l'adoptant? Telle est la question à résoudre. Or le silence gardé par le législateur nous permet d'affirmer qu'il a voulu se montrer ici moins exigeant.

25. Cinquième condition. « *La faculté d'adopter ne pourra* » *être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa* » *minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours* » *et donné des soins non interrompus...* » (art. 345). Quel est le but de cette disposition? « C'est, a dit le tribun Gary, de s'assurer que celui qui demande à la loi de lui conférer le titre de père en a déjà les sentiments, et la preuve de ces sentiments ne peut résulter que des secours, que des soins non interrompus, accordés pendant six ans au moins à celui qu'on veut adopter et pendant sa minorité » (4). En imposant

(1) Aubry et Rau, VI, § 556, p. 117; Laurent, IV, n. 230; Huc, III, n. 114.

(2) Poitiers, 28 nov. 1859, et sur pourvoi, Cass., 1er mai 1861, D., 61. 1. 213, S., 61. 2. 138 et 61. 1. 513.

(3) Demolombe, VI, n. 27; Hérisson, *Revue prat.*, 1861, XII, p. 224.

(4) Locré, VI, p. 654. — Cpr. C. civ. de Zurich, art. 716 et 717.

ainsi un temps d'épreuve à celui qui se propose d'adopter, le législateur a voulu empêcher les adoptions qui seraient le résultat d'une affection capricieuse ou d'un mécontentement passager de l'adoptant envers sa famille. C'est le premier consul qui a suggéré cette condition et l'a fait insérer dans le code [1].

Bien que la tutelle officieuse ait été imaginée pour faciliter l'accomplissement de la condition qui nous occupe, il n'est pas nécessaire que les soins dont il vient d'être parlé aient été donnés par l'adoptant à l'adopté en qualité de tuteur officieux. Peu importe que les soins aient été ou non fournis en vue de l'adoption. Le vœu de la loi serait rempli, même si l'adoptant avait été contraint, par ses fonctions de tuteur, de s'occuper de l'adopté [2]. La loi ne distinguant pas, il n'y a pas lieu de distinguer, comme on l'a proposé [3], entre celui qui ne pouvait pas refuser la tutelle et celui qui, pouvant en répudier le fardeau, s'en est volontairement chargé. D'ailleurs, cette condition est absolument nécessaire; nul n'en peut être dispensé, quelque étroite que soit la parenté qui le lie à l'adopté.

L'adoptant, dit le texte, doit avoir fourni à l'adopté, dans sa minorité et pendant six ans au moins, des soins et des secours non interrompus. Il faut donc que l'adoptant ait prouvé l'affection qu'il porte à l'adopté par des actes non équivoques inspirés par un sentiment sérieux et persistant. Il doit l'avoir aidé, dirigé, protégé; s'être comporté à son égard comme l'aurait fait un père ou une mère; avoir, en un mot, acquis des droits à sa tendresse, à sa reconnaissance, à son respect filial. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier le caractère et la continuité des relations qui ont existé entre les deux parties. La loi leur a confié la mission de décider si l'adoptant est digne de recevoir le titre qu'il sollicite.

26. Sixième condition. Aux cinq conditions qui viennent d'être indiquées, il faut en ajouter une autre dont la nécessité

[1] Séance du conseil d'État du 27 brumaire an XI (Locré, VI, p. 543).

[2] Demolombe, VI, n. 25. — *Contra* Benech, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*, p. 44 s., 52 s., 62 s.

[3] Delvincourt, I, p. 94, note 4, p. 255.

résulte de l'art. 355 *in fine*. Le tribunal, d'après ce texte, doit vérifier si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. Il possède, sur ce point, un pouvoir souverain d'appréciation.

III. *Conditions requises dans la personne de l'adopté.*

Ces conditions sont au nombre de trois.

27. Première condition. Il faut que celui qui va être adopté n'ait pas déjà été adopté par une autre personne. « *Nul,* dit » l'art. 344 al. 1, *ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est* » *par deux époux* » (1). L'adoption d'une même personne par plusieurs aurait pu amener des rivalités fâcheuses entre les adoptants. La loi ne distinguant pas, il faut décider que la règle édictée par elle devra s'appliquer, que le premier adoptant soit encore vivant ou qu'il soit décédé (2). Les rivalités n'étant plus à craindre quand les deux adoptants sont mari et femme, la loi admet alors une exception à la règle. Deux époux peuvent donc adopter une même personne, soit en même temps, soit consécutivement.

28. Si deux époux peuvent adopter la même personne, deux époux peuvent aussi être adoptés par le même individu conjointement ou successivement. En sens contraire, on a voulu tirer argument de l'art. 348 aux termes duquel le mariage est prohibé entre les enfants adoptifs du même individu (3). Il est vrai que, cette double adoption une fois réalisée, deux enfants d'une même mère ou d'un même père adoptifs se trouveront mariés l'un à l'autre; mais l'art. 348 ne s'y oppose pas. Il défend à deux enfants adoptifs du même individu de devenir époux, mais non à deux époux de devenir enfants adoptifs de la même personne. En fait, du reste, un homme et une femme adoptés par le même père ou la même mère peuvent se marier valablement après l'adoption. Car l'empêchement établi par l'art. 348 est, dans l'opinion générale du moins, considéré comme simplement prohibitif.

(1) Cpr. code italien, art. 204; code allemand, art. 1749; code espagnol, art. 174; Zurich, art. 718.

(2) Demolombe, VI, n. 41; Huc, III, n. 114.

(3) Duranton, III, n. 291; Grenier, *De l'adoption,* n. 36.

Dès lors, puisque le mariage contracté après l'adoption doit être tenu pour valable, malgré le texte qui le prohibe, comment, en l'absence d'un texte, l'adoption pourrait-elle être annulée, pour cause de mariage antérieur entre les personnes adoptées ? Ajoutons enfin que les motifs de la loi manquent ici, plus encore que son texte, pour interdire une semblable adoption. Le danger qu'on a voulu prévenir, en interdisant le mariage entre enfants adoptifs, vivant sous le même toit presque comme frère et sœur, est-il ici à redouter ? Notre solution s'impose donc. Elle est du reste admise presque unanimement [1].

29. Deuxième condition. L'adopté doit être majeur : « *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté* » (art. 346, al. 1) [2]. Si la loi avait autorisé l'adoption des mineurs, elle aurait dû en même temps réserver à l'adopté le droit de renoncer à l'adoption, sa majorité une fois acquise, ce qui aurait donné une grande instabilité à l'adoption. C'est ce qu'avait décidé la loi transitoire du 5 floréal an XI dans son art. 2. Cette condition est d'ailleurs écartée pour l'adoption par acte testamentaire émanant d'un tuteur officieux (art. 366).

30. Troisième condition. Elle est indiquée par l'art. 346, 2e partie : « *Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et, s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil* ». La loi soumet donc à l'autorité ou au contrôle de ses protecteurs naturels le fils de famille qui veut se donner en adoption, comme elle y soumet celui qui veut se marier. Il existe cependant, à cet égard, entre l'adoption et le mariage, plusieurs différences qu'il est plus aisé de signaler que de justifier.

1° La *majorité matrimoniale* est fixée à vingt et un ans pour les deux sexes (art. 148 modifié par la loi du 21 juin 1907),

[1] Marcadé, II, n. 466; Aubry et Rau, VI, § 556, texte et note 16; Demolombe, VI, n. 26; Demante, II, n. 83 *bis*, II.

[2] Code italien, art. 206; allemand, art. 1747, 1750; espagnol, art. 178; [illegible], art. 181; Zurich, art. 721.

tandis que la *majorité adoptive* est fixée à vingt-cinq ans.

2° L'adopté mineur de vingt-cinq ans qui a encore ses père et mère doit nécessairement obtenir le consentement de l'un et de l'autre ; le refus de la mère ferait donc obstacle à l'adoption, alors même que le père y consentirait (1). L'art. 346 dit en effet que l'adopté doit rapporter le consentement donné à l'adoption par *ses père et mère*. L'art. 148 dispose au contraire, en matière de mariage, que le consentement du père suffit en cas de dissentiment. De même aucun texte du titre *De l'adoption* ne reproduit la formule de l'art. 152, al.1 nouveau aux termes duquel, s'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira. Cpr. également la disposition contenue dans le nouvel al. 2 de l'art. 152 (L. 21 juin 1907). La loi s'est donc montrée plus rigoureuse pour l'adoption que pour le mariage ; les différences que nous venons de constater peuvent d'ailleurs s'expliquer par la faveur moindre qu'elle accorde à l'adoption, institution moins nécessaire que ne l'est le mariage.

Bien entendu, si l'un des père et mère est décédé, il suffira de rapporter le consentement de celui qui survit (art. 346). A l'impossible nul n'est tenu. Pour la même raison il faut, bien que la loi ne le dise pas, assimiler au décès le cas où l'un des auteurs serait dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le consentement de l'autre sera suffisant pour la validité de l'adoption (2).

3° Si le père et la mère sont tous deux décédés, ou s'ils sont tous les deux dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent, au point de vue du mariage. Aucune disposition semblable n'existe en matière d'adoption. On doit en conclure que celui dont les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur

(1) Duranton, III, n. 289 ; Demante, II, n. 79 *bis*, I ; Zachariæ, I, § 175, texte et note 7 ; Proudhon, II, p. 196 ; Aubry et Rau, VI, § 556, note 10 ; Demolombe, VI, n. 33 ; Laurent, IV, n. 204. — *Contra* Marcadé, II, n. 102.

(2) Demante, II, n. 79 *bis*-II ; Duranton, III, n. 289 ; Marcadé, II, n. 102 ; Aubry et Rau, VI, § 556, p. 118 ; Demolombe, VI, n. 33.

volonté peut se donner en adoption, sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses ascendants ni de requérir leur conseil.

4° L'enfant, majeur de 21 ans et mineur de 30 ans, qui a encore son père ou sa mère, ou dont les deux auteurs sont vivants et en état de manifester leur volonté, n'a pas besoin, pour se marier, d'obtenir leur consentement. Il lui suffit de leur faire notifier son projet de mariage (nouvel art. 151, al. 2 et 3, L. 21 juin 1907). Au-dessus de 30 ans, il n'est pas tenu de leur faire cette notification. Au contraire, l'enfant qui veut se donner en adoption est soumis, quel que soit son âge, à l'autorité morale de ses père et mère. Le consentement de ceux-ci lui est absolument nécessaire, s'il a moins de 25 ans. Au-dessus de cet âge, il doit requérir leur conseil par un acte respectueux. La loi n'ayant pas déterminé les formes de cet acte, on devra suivre les règles édictées à cet égard par l'ancien art. 154, auquel le législateur avait évidemment voulu se référer, et qui, à ce point de vue, doit être considéré comme étant encore en vigueur (1).

5° Les actes respectueux ont été supprimés en matière de mariage par la loi du 21 juin 1907. Mais ils sont maintenus en ce qui concerne l'adoption (2).

31. Telles sont les conditions requises pour l'adoption ordinaire, tant du côté de l'adoptant que de la part de l'adopté (3). Aucune autre condition n'est nécessaire, en dehors, bien entendu, de celles qui sont imposées par le droit commun. L'interprétation restrictive des textes, nous l'avons déjà fait remarquer, est la règle en notre matière.

32. Ainsi l'adoptant n'est pas tenu d'obtenir le consentement de ses ascendants ou de requérir leur conseil. On comprend du reste qu'il en soit dispensé, l'adoption ne produisant ses effets qu'entre les parties contractantes.

(1) Ce sont également les règles édictées au titre *Du mariage* qui doivent être appliquées en ce qui concerne les formes de l'acte portant consentement des père et mère. Demolombe, V, n. 35; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) L'art. 152 n'exige qu'un seul acte respectueux. A cet égard, le code civil avait établi, entre l'adoption et le mariage, une autre différence que la loi du 20 juin 1907 avait fait disparaître (ancien art. 151).

(3) Cpr. Cc. civ. allemand, art. 1752; espagnol, art. 174; italien, art. 207, 268.

33. L'adoption est permise aux femmes. L'art. 343 le dit d'ailleurs en termes non équivoques (arg. des mots *de l'un ou de l'autre sexe*).

Il en est de même d'un célibataire. On avait d'abord proposé de déclarer incapables d'adopter les personnes qui n'auraient jamais contracté mariage. L'art. 1 du projet portait : nul individu de l'un ou de l'autre sexe ne peut adopter, s'il ne réunit les qualités suivantes : 1° être ou avoir été marié. Ce texte fut supprimé à la cinquième rédaction (1).

Bien que certains auteurs aient enseigné la négative (2), l'adoption peut être faite par un prêtre catholique. Cette solution n'est pas douteuse, si l'on admet qu'un prêtre catholique peut contracter un mariage valable. Mais alors même qu'on ne reconnaîtrait pas la validité de son mariage, on ne pourrait lui refuser la faculté d'adopter, puisqu'aucun texte ne la lui retire. Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, l'accord s'étant fait dans le sens de l'opinion que nous avons présentée (3), et la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat rendant aujourd'hui cette solution indiscutable.

34. Une personne mariée a-t-elle besoin du consentement de son conjoint pour se donner en adoption ? La loi sur l'adoption ne l'exige pas ; c'est donc le droit commun qu'il convient d'appliquer ici. Il en résulte que le mari est valablement adopté sans le consentement de sa femme. Quant à celle-ci, l'autorisation maritale lui est nécessaire pour contracter une adoption, comme pour conclure un contrat ordinaire. Mais cette autorisation peut être suppléée par l'autorisation de la justice (art. 213) (4).

(1) Locré, VI, p. 396, 433, 490, 525, 594 s.

(2) Marcadé, II, n. 97 ; Duranton, III, n. 285 ; Delvincourt, I, p. 254 ; Zachariæ, I, § 175, note 5.

(3) Cass., 26 nov. 1844, *J. G.*, v° *cit.*, n. 99, S., 44. 1. 801. — Demante, II, n. 80 *bis*, IV ; Aubry et Rau, VI, § 556, texte et note 9 ; Demolombe, VI, n. 54 et 55 ; Laurent, IV, n. 202 ; Pont, *Revue de législ.*, 1844, XXI, p. 507 ; Valette sur Proudhon, II, p. 225 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* — Cpr. C. civ. autrichien, art. 179 ; espagnol, art. 83 et 174.

(4) Demante, II, n. 80 ; Duranton, III, n. 292 ; Aubry et Rau, VI, § 556, p. 119 ; Demolombe, VI, n. 38 ; Huc, III, n. 119. — Cpr. C. civ. allemand, art. 1746.

35. Les enfants naturels, même adultérins ou incestueux, peuvent être adoptés par leurs parents, puisqu'aucun texte ne prohibe de semblables adoptions. Cette opinion, qui semble prévaloir aujourd'hui, a cependant fait l'objet de controverses très vives.

A notre avis, la validité des adoptions conclues dans ces conditions, pendant la période intermédiaire visée par la loi des 25 germinal-5 floréal an XI, ne peut être sérieusement contestée. L'art. 1 de la loi précitée déclare en effet valables toutes les adoptions faites entre le 18 janvier 1792 et la publication du titre *De l'adoption* « *quand même elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter et être adopté* ». Il ratifie donc le passé sans aucune distinction ni réserve. En admettant même que le code ait proscrit pour l'avenir l'adoption des enfants naturels par leurs auteurs, on ne peut, sans violer l'esprit et les termes de la loi transitoire, annuler celles dont la réalisation se place dans la période d'anarchie législative qui a suivi le décret de 1792 [1].

Que faut-il décider sous l'empire du code civil ? Il n'existe pas, dans le titre *De l'adoption,* de texte qui interdise formellement l'adoption des enfants naturels. Mais n'est-il pas possible de soutenir qu'il résulte, soit des prescriptions légales relatives aux enfants illégitimes, soit de l'organisation générale de l'adoption, soit enfin de l'esprit de la loi, que le législateur a voulu la proscrire ? Telle est la question que nous allons examiner.

La solution de ce problème est singulièrement délicate, à en juger par les variations qui se sont produites dans la jurisprudence. Les cours d'appel en majorité s'étaient prononcées pour la validité. Si nous faisons abstraction des arrêts assez nombreux qui ont confirmé, sans donner de motifs, les adoptions dont l'homologation était demandée à

[1] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Adoption*, § 1; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 52 s.; Demolombe, VI, n. 8. — Cass., 24 nov. 1806, *J. G.*, v° *Adoption*, n. 52. — Cass., 23 juill. 1811, *J. G.*, v° *cit.*, n. 53, S., 11. 1. 329. — Cass., 12 nov. 1811, *J. G.*, v° *cit.*, n. 56, S., 12. 1. 424. — Cass., 9 fév. 1824, *J. G.*, v° *cit.*, n. 58, S., 24. 1. 195. — Contra Cass., 24 déc. 1816, *J. G.*, v° *cit.*, n. 57. — Cass., 12 juill. 1826, *J. G.*, v° *cit.*, n. 54.

la cour [1], nous trouvons en ce sens un certain nombre de décisions rendues sur des demandes en nullité de l'adoption, décisions qui sont motivées et qui présentent par suite un intérêt scientifique [2].

Quant à la Cour de cassation, c'est en 1841 seulement qu'elle examina la question de principe. Déjà, le 18 juillet 1816 [3], elle avait rejeté un pourvoi formé devant elle, en invoquant le pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui les met à l'abri de la censure de la cour suprême. En 1841, elle fut saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Riom, en date du 30 mai 1838, qui, s'appuyant sur des motifs fortement rédigés, avait refusé d'annuler l'adoption d'un enfant naturel par la mère qui l'avait reconnu [4]. Sur les conclusions de M. l'avocat général Gillon, la chambre des requêtes admit le pourvoi. Mais, se conformant à l'avis formulé par M. le procureur général Dupin, la chambre civile le rejeta en s'appropriant les motifs donnés par la cour d'appel [5].

L'arrêt de 1841 avait donc admis, avec la plupart des cours d'appel, que l'adoption était valable. Deux ans plus tard, la chambre civile revenait sur cette jurisprudence, par un arrêt du 16 mars 1843, rendu après partage [6].

Enfin, par un nouveau revirement, deux arrêts de la même chambre civile, rendus le 1er avril 1846 [7], proclamèrent, comme en 1841, la validité de l'adoption. Depuis lors, la cour de cassation a maintenu fermement sa manière de voir, et elle a rendu, dans le même sens, un certain nombre de décisions. La question semble donc maintenant définitivement résolue par l'accord qui s'est établi entre les cours d'appel et la cour suprême [8].

(1) V. *J. G.*, v° *Adoption*, n. 116.

(2) V. les arrêts cités par Demolombe, VI, n. 51. — *Adde* Toulouse, 25 nov. 1867, D., 68. 2. 82 et Paris, 8 mai 1879, S., 83. 1. 369. La plupart des arrêts en sens contraire ne sont pas motivés. — V. cep. un arrêt d'Angers très fortement motivé du 14 août 1867, S., 68. 2. 44.

(3) *J. G.*, v° *Adoption*, n. 126. — *Adde* Cass., 14 nov. 1814, S., 16. 1. 45.

(4) *J. G.*, v° *Adoption*, n. 116, p. 299, 300, S., 38. 2. 246.

(5) Cass., 28 avril 1841, *J. G.*, v° *cit.*, n. 116, p. 300, S., 41. 1. 273.

(6) *J. G.*, v° *cit.*, n. 117, p. 304 s., S., 43. 1. 177.

(7) D., 46. 1. 81, S., 46. 1. 273.

(8) Cass., 13 mai 1868, D., 68. 1. 249, S., 68. 1. 338. — Cass., 8 déc. 1868, *J. G.*,

Les mêmes contradictions peuvent être relevées dans la doctrine. Merlin a, par deux fois, modifié son opinion ; il décidait d'abord et il a admis en dernier lieu que l'adoption des enfants naturels reconnus était interdite (1). Les auteurs se partagent. Les plus récents ont cependant adopté la solution donnée par la jurisprudence de la cour de cassation (2).

Avant de discuter les arguments qui ont été produits de part et d'autre, il convient d'énoncer nettement le problème. Les enfants naturels dont la filiation n'est pas légalement constatée peuvent certainement être adoptés. Rien ne prouve en effet qu'il existe entre eux et celui qui les a adoptés un lien de paternité et de filiation. La difficulté n'existe qu'à l'égard de ceux dont la filiation est certaine. Le plus souvent il s'agira d'un enfant naturel simple. Mais la question peut également se poser à l'égard des enfants adultérins ou incestueux, dans les cas exceptionnels où leur filiation peut être légalement établie. Dans la discussion qui va suivre, nous supposerons que l'adoption s'applique à un enfant naturel simple. Nous montrerons ensuite que les mêmes principes doivent être suivis en ce qui concerne les enfants adultérins ou incestueux.

Les incapacités, dit la cour de cassation dans ses arrêts, doivent, pour être appliquées, résulter d'un texte précis et

Suppl., v° *cit.*, n. 21, S., 69. 1. 159. — Cpr. Cass., 3 juin 1861, D., 61. 1. 336, S., 61. 1. 560; 10 fév. 1881, S., 83. 1. 369, et 13 juin 1882, D., 82. 1. 308, S., 84. 1. 211 (ces derniers arrêts ne tranchent pas explicitement la question).

(1) *Répertoire*, v° *Adoption*, § 4.

(2) Pour la nullité : Delvincourt, I, p. 99, note 1 ; Toullier, II, n. 988 ; Merlin, *loc. cit.* ; Marcadé, II, n. 28 s. ; Loiseau, *Traité des enfants naturels, Appendice*, p. 10 ; Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n. 34 ; Magnin, *Des minorités*, I, n. 262 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 175, note 10 ; Demante, II, n. 80 *bis*, III ; Demolombe, VI, n. 56 s. — *Adde* Paradan, *Rev. crit.*, 1874, p. 694 ; Pont, *Rev. de législ. et de jurisp.*, 1843, XVII, p. 750, et XXV, p. 475 ; Benech, *De l'illég. de l'adopt. des enf. nat.*, Toulouse, 1843 ; Molinier, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1844, I, p. 161 ; Bertin, *Rev. doct. de la jurispr. de la Cour de cass.*, n. 97, p. 202 s. — Dans le sens de la validité : Grenier, *De l'adoption*, n. 35 ; Proudhon, II, p. 217 s. ; Taigneton, III, n. 235 ; Duvergier sur Toullier, I, n. 988, note b ; Richefort, *De l'état des fam. légit. et nat.*, II, n. 284 s. ; Taulier, I, p. 459 ; Mourlon, *Rép. écrit.*, I, n. 951, note 2 ; Zachariæ, I, § 175, texte et note 10 ; Aubry et Rau, VI, § 568, texte et note 17 ; Laurent, IV, n. 205 s. ; Huc, III, n. 118 ; Dalloz, *J. G.*, v° *Adoption*, n. 318 s., *Suppl.*, n. 21-22 ; Planiol, I, n. 1582.

formel de loi; or aucun texte ne déclare les enfants naturels incapables d'être adoptés par ceux qui les ont reconnus; donc leur adoption est permise, puisqu'elle n'est pas défendue. — A cette argumentation, on répond en invoquant certains textes relatifs à l'adoption et des arguments tirés du caractère général de cette institution.

On dit : l'adoption a pour objet de *créer* entre deux personnes des liens de parenté et de filiation; or ces liens existent déjà entre le père naturel et l'enfant qu'il a reconnu. L'adoption ne peut donc les *créer;* par suite elle est légalement impossible, puisque son but essentiel ne peut être atteint. Il ne s'agit pas ici, fait-on remarquer, d'une simple incapacité, qui ne peut être admise en l'absence d'un texte formel et précis. On se heurte à une impossibilité juridique absolue, qui oppose à l'adoption un obstacle insurmontable (1).

La réponse est aisée. L'adoption repose incontestablement sur une fiction. Les fictions légales n'ont d'autres limites que celles que la loi a fixées. Or la loi n'a pas dit que les enfants naturels ne pourraient pas être adoptés; cela suffit pour que leur adoption soit possible. Peu importe qu'en réalité l'adoptant soit le père ou la mère naturels de l'adopté; on n'a pas à s'occuper de la réalité lorsqu'il s'agit d'une fiction. D'ailleurs y a-t-il réellement incompatibilité entre la fiction et la réalité? Sans doute, l'effet de l'adoption est de créer entre les parties un lien de paternité et de filiation; mais il ne faut pas oublier que c'est une paternité et une filiation analogues à la filiation légitime. Ce lien existait-il avant l'adoption? Non, évidemment. Donc il peut être créé : donc l'adoption ne manque pas, comme on le prétend, son but essentiel (2).

A notre manière de voir, on objecte encore que la prohibition d'adopter résulte implicitement des textes mêmes relatifs à l'adoption. Les parents naturels, dit-on, ne peuvent adopter les enfants qu'ils ont reconnus et cela pour deux raisons : d'abord parce qu'ils ne peuvent satisfaire à toutes les

(1) Demolombe, VI, n. 52. — Angers, 21 août 1839, *J. G.*, v° *cit.*, n. 117, p. 304, S., 39. 2. 401. — Cass., 16 mars 1843, *supra*.

(2) Cass., 28 avril 1841, *supra*.

conditions imposées par la loi pour l'adoption ordinaire; ensuite parce qu'une pareille adoption ne peut produire tous les effets que la loi a attachés à l'adoption réglementée par elle. C'est bien la preuve que le législateur n'a pas cru que cette adoption fût possible et qu'il l'a proscrite implicitement. L'art. 345, en effet, veut que les soins donnés par celui qui désire adopter l'aient été librement et spontanément; tel n'est pas le cas du père ou de la mère naturels; ils *doivent* leurs soins aux enfants dont ils se sont reconnus les auteurs; ils ne peuvent se faire un titre de ce qui est simplement l'exécution d'une obligation. De même les art. 346, 347, 348 et 349, qui énumèrent des conditions requises pour l'adoption, ou qui indiquent certains effets de celle-ci, sont évidemment inapplicables à l'espèce d'adoption que nous supposons.

Que faut-il penser de cette argumentation?

L'objection fondée sur l'art. 345 a déjà été réfutée par nous. Il n'y a donc plus à y revenir (*supra*, n. 25). Quant à celles qui sont tirées des art. 346 à 349, nous allons les exposer pour en donner la réfutation.

Faisons d'abord une observation. Que ces textes soient inapplicables à l'adoption des enfants naturels, nous en convenons volontiers. Mais il n'est pas essentiel à l'adoption qu'ils puissent recevoir leur application. Il y a des conditions absolues, inévitables [1], qui sont toujours requises dans toute adoption, en l'absence desquelles aucune adoption ne peut être valablement contractée : telles sont la majorité de l'adopté, le défaut d'enfants légitimes de l'adoptant. Il en est d'autres qui sont contingentes, relatives, qui sont requises seulement dans certaines circonstances. Et ce que nous disons des conditions, on peut également le dire des effets de l'adoption. Certains sont essentiels et d'autres ne le sont pas. Ces considérations nous permettent d'écarter les objections que l'on appuie sur les art. 346 à 349. Le père naturel, dit-on, ne peut autoriser son enfant, puisque c'est lui qui l'adopte! Mais, d'abord, pourquoi ne le pourrait-il pas?

[1] Exposé des motifs, XI, p. 23.

L'enfant ne serait-il pas suffisamment protégé et le vœu de la loi (art. 346) ne serait-il pas rempli ? Que si l'on s'arrête devant le scrupule de faire jouer au père naturel deux rôles qu'on croit juridiquement incompatibles, l'autorisation est-elle si essentielle ? Est-ce qu'il n'y a pas des adoptions contractées valablement sans autorisation des parents? La loi veut cette autorisation ; mais elle en dispense l'adopté quand il lui est impossible de l'obtenir. Ce serait précisément le cas ici. Il y aurait une impossibilité juridique.

Il faut également écarter l'objection fondée sur l'art. 347. Elle consiste à dire que l'adoption d'un enfant naturel par son auteur qui l'a reconnu est impossible, car elle ne peut conférer à l'adopté le nom de l'adoptant, qu'il porte déjà par suite de la reconnaissance. L'argument prouve trop, pour être vrai. Si ce raisonnement était exact, il faudrait dire que deux personnes qui portent le même nom de famille ne peuvent pas conclure entre elles une adoption. Ainsi un oncle paternel ne pourrait adopter son neveu !

L'adopté restera dans sa famille naturelle, dit l'art. 348. L'obligation alimentaire qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté l'un envers l'autre, ajoute l'art. 349. Donc, et c'est la conclusion qu'on en tire, ces textes supposent que l'adopté n'est pas déjà l'enfant de l'adoptant ; ils excluent la possibilité de l'adoption des enfants naturels. — Nous pouvons répondre que ces textes *supposent* en effet que l'adopté n'est pas l'enfant naturel de l'adoptant ; mais ils ne *disposent* pas en termes impératifs. Ils prévoient une hypothèse que le législateur considérait peut-être comme devant être la plus ordinaire et ils indiquent les effets que produira l'adoption dans cette hypothèse donnée. Mais ils n'excluent pas les autres hypothèses qui peuvent se présenter dans la pratique. Il faut les interpréter raisonnablement, en tenant compte des circonstances visées par le législateur [1].

Un argument plus sérieux est déduit de l'art. 908 du code civil. On peut encore l'employer aujourd'hui, malgré

[1] Cass., 28 avril 1841, *supra*.

l'atténuation considérable apportée à la rigueur de ce texte par la loi du 25 mars 1896. L'art. 908 dispose que l'enfant naturel reconnu ne peut rien recevoir, par donation entre vifs, au delà de ce qui lui est accordé au titre *Des successions* (1); qu'il peut bénéficier du legs de la quotité disponible, en tout ou en partie, mais avec cette restriction cependant qu'il ne pourra recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, lorsqu'il se trouvera en concours avec des descendants légitimes. La loi édicte donc contre l'enfant naturel reconnu une incapacité, incapacité d'ordre public, à laquelle on ne peut le soustraire, ni directement, ni indirectement. Or, si l'on valide l'adoption faite au profit d'un enfant naturel reconnu, il arrivera que cet enfant acquerra dans la succession de son auteur les mêmes droits qu'un enfant légitime (art. 350) et qu'il recueillera ainsi dans cette succession plus que l'art. 908 ne lui permet de recevoir. Est-il admissible que la loi, ayant établi dans l'art. 908 une prohibition d'ordre public, ait autorisé un moyen aussi facile de l'éluder? On fait remarquer, en outre, que l'art. 908 a été voté après le titre *De l'adoption*; qu'à ce moment les rédacteurs du code avaient présents à l'esprit les effets de l'adoption et que, s'ils avaient voulu permettre de tourner par l'adoption la règle qu'ils proclamaient, ils n'auraient pas manqué de le dire expressément (2).

A cette argumentation l'on peut répondre que l'art. 908 vise uniquement les droits des enfants naturels; il ne s'occupe pas de ceux qui ont été élevés au rang d'enfants légitimes par la légitimation; pourquoi aurait-il parlé de ceux qui le sont devenus par l'adoption? Le silence gardé par les rédacteurs de l'art. 908, sur les enfants légitimés comme sur les enfants adoptés, nous paraît être une preuve qu'ils ne pensaient pas que ce texte fût un obstacle à l'adoption des enfants naturels

(1) Il s'agit ici des droits fixés par l'art. 759 nouveau, et même de ceux déterminés par l'art. 756, en supposant, bien entendu, dans ce dernier cas, que l'enfant naturel adopté est en concours soit avec d'autres enfants adoptifs, soit avec un enfant naturel légitimé par un mariage postérieur à l'adoption, ou des enfants légitimes conçus depuis l'adoption.

(2) Angers, 21 août 1872, *J. G.*, v° *cit.*, n. 117, p. 304, S., 39. 2. 401.

reconnus. On le comprend d'ailleurs. La prohibition de l'art. 908 tombe lorsque l'état de l'enfant naturel est modifié. Or cet état peut être modifié de deux manières : par la légitimation et aussi par l'adoption. En d'autres termes, ce n'est pas comme enfant naturel que l'enfant viendra à la succession paternelle, à l'exclusion des autres héritiers ou en concours avec eux. Ce sera comme enfant adoptif, et l'art. 908 ne sera pas violé. On peut ajouter que l'art. 908 ne frappe l'enfant naturel que d'une incapacité de recevoir par donation entre vifs ou par testament (1). Or ce n'est pas par l'un de ces moyens que l'auteur de l'enfant naturel parvient ici à lui transmettre sa fortune ; c'est à titre de succession ; l'enfant adopté recueillera la fortune de son père comme héritier, non comme donataire. L'art. 908 ne l'en déclare nullement incapable, et les incapacités sont de droit étroit.

Cette solution ne présente aucune difficulté si l'on admet que l'adoption fait de l'enfant naturel une personne entièrement nouvelle, que sa qualité d'enfant naturel disparaît pour faire place à l'état d'enfant adoptif. Mais, même en admettant, avec Demolombe (2), par argument de l'art. 348, que la qualité d'enfant adoptif est venue s'ajouter à celle d'enfant naturel et que cette dernière subsiste toujours, la conséquence qu'on a voulu en tirer ne s'imposerait pas nécessairement. De ce que l'enfant adopté a conservé sa qualité d'enfant naturel, il ne résulte aucunement qu'il ne puisse réclamer dans la succession de son père adoptif les droits d'un enfant légitime. Car le but de l'adoption est précisément de les lui conférer. On ne peut invoquer contre lui son état d'enfant naturel reconnu ; car ce n'est pas sur cet état qu'il se fonde pour formuler sa prétention ; c'est sur la qualité nouvelle qu'il a acquise par l'adoption. En d'autres termes, l'art. 908 frappe d'incapacité l'enfant naturel, en tant qu'enfant naturel. Mais

(1) L'incapacité de recevoir par testament est du reste singulièrement restreinte depuis la loi du 25 mars 1896. — Nous déciderons de même que les enfants légitimes de l'enfant naturel adopté ne sont, en ce qui concerne les libéralités qui leur sont faites par l'adoptant, frappés d'aucune incapacité du chef de leur père. Ils peuvent donc valablement être institués légataires universels par l'adoptant. Paris, 8 mai 1879, D., 82. 2. 203. — Cass., 13 juin 1882, D., 82. 1. 308.

(2) VI, p. 47. — *Adde* Demante, II, n. 80 *bis*, III.

il ne peut être opposé à celui qui se présente comme enfant adoptif et qui fait valoir un titre nouveau.

On dit que ces deux qualités d'enfant naturel et d'enfant adoptif sont incompatibles : que leur réunion sur une même tête serait une monstruosité. Pourquoi? Dans l'état de famille, n'arrive-t-il pas souvent qu'on soit parent d'un individu à des titres divers? Et spécialement, en matière d'adoption, pourquoi la paternité réelle serait-elle inconciliable avec la paternité fictive? La fiction et la réalité ne peuvent-elles concourir ensemble?

Les travaux préparatoires ne peuvent fournir aucun appui solide à l'opinion que nous combattons. D'une manière générale, ils ne constituent pas un guide bien sûr pour l'interprétation des textes. Et, c'est surtout lorsqu'il s'agit du titre *De l'adoption*, dont la rédaction a été si souvent remaniée, dont la discussion a été si pénible, qu'il convient de garder une extrême réserve. Mais enfin, si nous voulions les consulter, nous y trouverions plutôt des arguments en faveur de notre système. La préparation du titre *De l'adoption* comprend deux phases distinctes séparées par un intervalle de onze mois environ. Dans la première, qui se place en l'an X, la section de législation du conseil d'Etat semble bien avoir considéré comme permise l'adoption des enfants naturels. A la séance du 6 frimaire de l'an X, où la question de savoir si l'adoption serait admise dans nos lois fut débattue, Tronchet se posa en adversaire déclaré de cette institution, précisément parce qu'elle s'appliquerait surtout, dans la pratique, aux enfants naturels. Quelques observations furent présentées, mais la section, sans prendre parti sur ce point, se borna à voter le principe de l'adoption [1]. Au cours des débats qui suivirent, la très grande majorité des orateurs se montrèrent favorables à l'adoption des enfants naturels [2]. A la séance du 16 frimaire, un article (9 du 2e projet), qui interdisait expressément l'adoption des enfants naturels par ceux qui les ont reconnus, fut supprimé sur les observations de Marmont,

[1] Locré, VI, p. [illegible].

[2] V. notamment les discours de Béranger, Emmery et Cambacérès, Locré, VI, p. 414 et 415.

Emmery et Regnault. Le rapporteur Berlier convenait que le texte était trop sévère, mais qu'il avait été adopté par la section pour ne pas contredire le projet de loi qui donne aux enfants naturels reconnus un simple droit de créance sur les biens de leurs parents.

Dans la séance du 4 nivôse de l'an X, Tronchet attaqua l'art. 13 du 3e projet, comme donnant trop de facilités pour l'adoption des bâtards. En réponse à ses critiques, le premier consul, approuvé par Bérenger et par le ministre de la justice, développa cette pensée que les mœurs sont intéressées à ce que l'adoption des enfants naturels soit permise. Portalis s'y montra également favorable, mais il demanda de ne pas l'autoriser expressément pour ne pas encourager publiquement ce genre d'adoption (1).

En résumé, dans la première partie de la discussion, la thèse que nous soutenons a été admise par le conseil d'Etat. On objecte (2) que l'adoption, telle que nous la présentent les premières rédactions, n'avait pas du tout le caractère que lui ont imprimé les rédactions suivantes; que le principe même de l'adoption fut remis en question dans la seconde partie des débats qui s'ouvrit le 27 brumaire an XI; et qu'il en sortit une institution tout à fait différente de celle qui avait été adoptée en principe dans les réunions antérieures; que, dans cette première séance du 27 brumaire, Treilhard a dit sans soulever aucune contradiction : « Si les enfants sont reconnus, ils ne peuvent être adoptés » (3). Tout cela est exact. Mais il ne s'ensuit aucunement que la manière de voir du conseil ait été modifiée. Treilhard, on l'a fait remarquer, n'était entré au conseil qu'après les discussions de l'an X; il pouvait ne pas connaître l'opinion de ses collègues; ceux-ci, dont le siège était fait, n'ont pas protesté contre son observation, émise d'ailleurs incidemment et sans que son auteur lui-même ait paru y attacher une grande importance, parce qu'ils jugeaient inutile de revenir sur une question définitive-

(1) Locré, VI, p. 501 s.

(2) Demolombe, VI, p. 51; Pont, *Rev. de lég.*, 1843, I, p. 750; Benech, *De l'illég. de l'adopt. des enfants naturels*, p. 9 s.

(3) Locré, VI, p. 542.

ment tranchée. Enfin, les altérations profondes que l'adoption a subies dans son caractère, d'une période à l'autre, n'ont pu exercer d'influence sur la solution de cette question spéciale. Les arguments tirés de l'incapacité de l'enfant naturel n'avaient pas convaincu le conseil; au contraire, il semble avoir été touché par les considérations fondées sur l'équité et la morale que les divers orateurs, notamment le premier consul, avaient fait valoir dans la séance du 4 nivôse an X. Ces considérations, d'ordre général, conservaient toute leur force. Elles avaient été exposées d'ailleurs au sujet de l'art. 13 du troisième projet, que Tronchet avait combattu en faisant remarquer qu'il faciliterait l'adoption des enfants naturels. Or cet art. 13 a été conservé, sauf quelques modifications non essentielles, dans les rédactions suivantes, et est devenu l'art. 361 du code civil. N'est-ce pas la preuve que l'opinion du conseil d'Etat était restée inébranlable?

On a objecté encore qu'autoriser l'adoption des enfants naturels reconnus, c'est permettre leur légitimation en dehors des conditions requises par la loi; car quelle différence y aura-t-il entre l'enfant naturel adopté et celui qui aura été légitimé? « Comment, s'écrie M. Demolombe (VI, p. 53), les « auteurs du code Napoléon venaient de s'occuper des enfants « naturels; ils venaient de décider qu'il n'y aurait pour eux « qu'un seul mode de légitimation, le mariage subséquent de « leurs père et mère (art. 331); et ils auraient introduit, je « dirai presque subrepticement, un second mode de légiti- « mation, eux qui avaient déclaré qu'ils n'acceptaient aucun « des autres modes de légitimation autrefois admis! » (Locré, VI, p. 211) [1].

L'objection porte à faux. En réalité, il existe des différences considérables entre les deux institutions. L'enfant naturel légitimé est assimilé entièrement à un enfant né en mariage; il perd complètement son ancien état d'enfant naturel; il devient pour l'avenir un enfant légitime, et jouit de tous les droits attachés à cette qualité. Désormais membre des familles

[1] Addé Caen, 16 août 1843, *J. G.*, v° *cit.*, n. 117, p. 305, S., 43. 1. 177. — Angers, 21 août 1839, *J. G.*, v° *cit.*, n. 117, p. 304, S., 39. 2. 401.

auxquelles appartiennent ses père et mère, il devient le parent des parents de ceux-ci. Entre eux naissent des droits de succession réciproques et aussi, dans certains cas, une obligation alimentaire réciproque. L'adoption est loin de produire les mêmes effets. L'enfant adoptif conserve son ancien état d'enfant naturel ; il acquiert seulement une qualité nouvelle, bien inférieure à celle d'un enfant légitime. Il n'entre pas dans la famille de l'adoptant ; il ne devient pas le parent des parents de celui-ci ; entre l'adopté et les parents de l'adoptant, pas de droit réciproque de succession, pas d'obligation alimentaire. Même à l'égard de son père adoptif, il n'est pas assimilé entièrement à un enfant légitime ; il succède à l'adoptant ; mais l'adoptant ne lui succède pas, sauf l'exercice du retour successoral. Donc autre chose est l'adoption ; autre chose la légitimation. L'adoption d'un enfant naturel reconnu n'est pas une légitimation déguisée.

En fait, et ceci montrera le très grand intérêt pratique de notre discussion, la plupart des adoptions ont lieu au profit d'enfants naturels, reconnus ou non. Le père naturel hésite souvent à légitimer son enfant par mariage subséquent à cause de la condition de la mère, ou bien l'un des auteurs est décédé et le mariage est impossible. On a recours alors au moyen de l'adoption. Cette pratique est-elle contraire à la morale et aux intérêts de la société ? La faculté d'adopter les enfants naturels est-elle, comme on l'a dit, une prime au désordre ? Est-il à craindre qu'elle ne détourne du mariage et n'encourage la formation des unions illicites ? Nous ne le pensons pas : les conditions imposées par la loi pour l'adoption sont telles qu'un pareil danger n'est guère à redouter. L'adoption n'est permise qu'aux personnes âgées de cinquante ans au moins ; à cet âge il est peu probable qu'on songe encore au mariage. Et les inconvénients sociaux attachés à la paternité naturelle, la déconsidération dont elle est l'objet, suffisent à détourner des unions illicites. Ce n'est pas la perspective éloignée d'une adoption tardive, qui peut engager à entrer dans cette voie, si pleine de périls, si douloureuse parfois. Non, l'adoption ne peut remplacer le mariage. Elle permet seulement, comme l'a fait remarquer le premier consul, de

donner à des enfants, innocents de la faute commise par leurs auteurs, une situation meilleure. Elle suppose d'ailleurs que ceux-ci ont entouré leurs enfants de soins affectueux. La morale, l'intérêt de la société ne commandaient-ils pas au législateur de faciliter cet acte? L'intervention des magistrats est du reste une garantie que seules seront autorisées en fait les adoptions qui seront inspirées, non par un sentiment honteux, par un calcul blâmable, mais par une pensée morale, par le sentiment du devoir et par une affection sincère.

A ces considérations, qui n'ont pas été, nous l'avons vu, sans faire impression sur les rédacteurs du code, on ajoute que, si l'adoption des enfants naturels reconnus était prohibée, la loi serait inévitablement tournée. Les père et mère ne reconnaîtraient pas leurs enfants, afin de pouvoir les adopter. Cet argument, qui n'est d'ailleurs, comme le précédent, qu'un argument législatif, a peu de valeur. D'abord le calcul que l'on cite se produirait assez rarement. Ceux qui le feraient renonceraient aux avantages certains de la reconnaissance pour des avantages incertains. Est-ce qu'en fait les père et mère naturels renoncent souvent à reconnaître leurs enfants, pour leur éviter les incapacités de l'art. 908? Et puis l'argument prouverait trop, s'il était admis. Car on pourrait l'invoquer pour critiquer les dispositions légales qui ont édicté ces incapacités. Il faut donc le rejeter (1).

Telles sont les raisons pour lesquelles nous avons cru devoir admettre la validité de l'adoption faite par les père et mère au profit des enfants naturels qu'ils ont reconnus (2). Elles se résument en définitive en celle-ci : les incapacités sont de droit étroit, et la loi ne proclame nulle part que les enfants naturels reconnus soient incapables d'être adoptés par leurs auteurs (3).

Il est à noter d'ailleurs que les enfants naturels ne peu-

(1) Demolombe, VI, p. 53, 54.

(2) Il est utile d'ajouter que l'adoption d'un enfant naturel par l'homme qui l'a reconnu ne peut être critiquée pour défaut de cause légale, sous le prétexte que la reconnaissance est nulle comme constatant une paternité fictive? V. Cass., 13 juin 1892, D., 92, 1, 328.

(3) *Contra* Code italien, art. 205.

vent être adoptés par leurs deux auteurs, si ceux-ci ne sont pas mariés ensemble au jour de l'adoption, ou ne se marient pas postérieurement (art. 344 al. 1) [1]. L'adoption d'un enfant naturel par le père qui l'a reconnu est donc un obstacle à l'adoption par la mère et inversement.

36. Ce que nous avons dit des enfants naturels simples doit être appliqué aux enfants adultérins ou incestueux. Au cas où leur filiation n'est pas légalement établie, il est impossible de contester la validité de l'adoption dont ils ont été l'objet. Peu importe que leur qualité soit indiquée dans l'acte d'adoption ; une pareille mention est contraire à la loi et doit être tenue pour inexistante. Les juges pourraient évidemment refuser l'homologation ; mais s'ils ne l'ont pas fait, on ne peut demander l'annulation de l'adoption, sous prétexte que l'adopté est l'enfant adultérin ou incestueux de l'adoptant. Ce serait rechercher la filiation adultérine ou incestueuse, et la loi ne le permet pas [2]. Que si la filiation de l'adopté est légalement constante, il s'élève la même difficulté qu'au sujet de l'enfant naturel reconnu, et la même solution doit être admise, par identité de motifs. On a cependant refusé de l'accepter, d'abord en invoquant les intérêts de la morale et de la société, ensuite en disant que l'état des enfants adultérins ou incestueux est irrévocablement fixé et ne peut jamais être amélioré [3]. Le premier argument s'adresse au législateur; le second ne peut guère nous toucher. L'état des enfants adultérins ou incestueux est irrévocablement fixé, en ce sens qu'ils ne peuvent jamais acquérir

(1) Les deux auteurs de l'enfant peuvent donc adopter l'enfant, soit successivement, soit par le même acte, s'ils sont mariés ensemble. Mais quel intérêt y auront-ils ? Il faut supposer que l'enfant n'a pas été légitimé par le mariage de ses père et mère, par exemple parce que ceux-ci ont omis de le reconnaître avant la célébration. L'adoption leur permettra de réparer, dans une certaine mesure, l'erreur qu'ils ont commise. V. sur ce point les observations de Boulay à la séance du Conseil d'Etat du 24 brumaire an X (Locré, VI, p. 89) et le *Discours* de Duveyrier (Locré, VI, p. 314). On peut supposer encore que la légitimation de l'enfant est impossible à raison de sa filiation adultérine ou incestueuse. Dans ce cas, il pourra être adopté par ses auteurs, si, du moins, l'on admet que les enfants adultérins ou incestueux peuvent être adoptés.

(2) Grenoble, 7 mars 1849, D., 51. 2. 240, S., 50. 2. 209.

(3) *J. G.*, v° *cit.*, n. 129; Richefort, *op. cit.*, II, n. 296.

par la légitimation la qualité d'enfants légitimes. Mais la loi ne dit nulle part qu'ils ne puissent pas être en partie relevés de la situation où les a placés leur naissance irrégulière, par le moyen tout différent de l'adoption. Ils ne sont pas déclarés incapables d'être adoptés; donc ils peuvent l'être. Du reste, un correctif nécessaire est fourni par le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qui peuvent refuser l'homologation et ne motivent pas leur sentence.

La question n'a d'ailleurs qu'une importance médiocre dans la pratique. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer [1], sauf en ce qui concerne les adoptions réalisées pendant la période transitoire [2]. Quant à la doctrine, on a prétendu que, même en admettant la validité de l'adoption des enfants naturels simples, il faudrait rejeter cette solution pour les enfants adultérins ou incestueux [3]. Mais les auteurs les plus récents croient, comme nous, qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre eux [4].

§ II. *Conditions requises pour l'adoption rémunératoire.*

37. « *La faculté d'adopter... pourra être exercée,* dit l'art. 345, *envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots* ». Cette adoption est appelée rémunératoire, parce qu'elle est conférée à titre de rémunération du service rendu à l'adoptant. Celui-ci acquitte une dette de reconnaissance envers l'adopté.

L'art. 345 n'est pas absolument limitatif [5]. Il n'est pas

(1) V. cependant Rouen, 15 fév. 1813, *J. G.*, v° *cit.*, n. 131. Mais cet arrêt n'est pas motivé.

(2) Pour la validité, Cass., 12 nov. 1811, *J. G.*, v° *cit.*, n. 56, S., 13. 1. 424. — Cass., 9 fév. 1824, *J. G.*, v° *cit.*, n. 58, S., 24. 1. 195. — Pour la nullité, Cass., 22 déc. 1816, *J. G.*, v° *cit.*, n. 57. — Cass., 13 juill. 1826, *J. G.*, v° *cit.*, n. 59.

(3) *J. G.*, v° *Adoption*, n. 129.

(4) Demolombe, *op. cit.*, n. 25; Laurent, IV, n. 209; Aubry et Rau, VI, § 556, texte et note 18; Huc, III, n. 118.

(5) Marcadé, II, n. 108; Valette sur Proudhon, II, p. 197, note *a*; Zachariæ, I, § 180, texte et note 1; Demolombe, VI, n. 59; Aubry et Rau, VI, § 561, note 1; Laurent, IV, n. 210; Huc, III, n. 116. — *Contra* Proudhon, II, p. 197; Toullier, II, n. 989.

nécessaire que l'acte de dévouement de l'adopté ait été accompli exactement dans les circonstances énumérées par le texte. Mais il faut qu'il l'ait été dans des circonstances analogues. L'adoption sera possible toutes les fois qu'une personne aura exposé sa propre vie pour sauver celle d'une autre, en employant sa force physique pour écarter de cette dernière le danger qui la menaçait. Dans toute autre hypothèse, quel que soit le service rendu, l'adoption ne pourrait avoir lieu.

Ainsi l'individu victime d'une agression à main armée, ou surpris par l'écroulement d'une maison, l'éboulement d'un puits ou d'une mine pourra adopter celui qui se sera porté à son secours. Mais les tribunaux ne devront pas admettre l'adoption au profit de celui qui a soigné un malade atteint d'une affection contagieuse, ou de l'avocat qui a défendu un client sous le coup d'une accusation capitale. Quelque grands que soient les risques de la contamination, à quelque danger que s'expose, dans certaines époques troublées, l'avocat qui défend un accusé en butte aux persécutions du pouvoir ou accablé par les passions populaires, il ne nous paraît pas que les conditions imposées par la loi se trouvent réunies. Il résulte bien nettement des travaux préparatoires qu'on a voulu viser une certaine sorte de périls, ceux que l'on court dans les combats ou dans la lutte contre les forces physiques aveugles. Perreau a dit, dans son rapport au Tribunat (1), qu'il fallait savoir gré aux auteurs du projet d'avoir spécialement désigné l'espèce de dangers qui seuls donneraient lieu à la faculté d'adopter. Le péril auquel s'expose le garde malade, le médecin ou l'avocat ne nous paraît point faire partie de cette *espèce de dangers* (2).

Aux arguments que nous venons de présenter, certains auteurs en ont ajouté un autre qui paraît avoir pesé d'un grand poids sur leur esprit (3), mais qui ne nous semble pas

(1) Locré, VI, p. 630.

(2) En ce sens, Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 180, note 1; Valette sur Proudhon, *loc. cit.;* Aubry et Rau, VI, § 561, note 1; Demolombe, VI, n. 60; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Delvincourt, I, p. 99, note 7; Duranton, III, n. 284; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 93, 94.

(3) Demolombe, VI, n. 60, 61; Aubry et Rau, Huc, *loc. cit.* — Cpr. Duranton, *loc. cit.*

décisif. Le médecin et l'avocat, ont-ils dit, n'ont fait qu'accomplir le devoir que leur imposait leur profession. Ce n'est pas le pur dévouement qui les a guidés ; c'est surtout le sentiment de l'honneur et du devoir professionnels, auquel se joint le légitime souci de la rémunération de leurs peines. Donc, ils ne satisfont pas aux exigences légales. Nous croyons que le législateur n'a pas voulu se montrer aussi rigoureux dans l'appréciation du devoir. On peut, à notre avis, tout en faisant son devoir, accomplir un acte de dévouement tel qu'il justifie l'adoption. Il faut, mais il suffit, que cet acte ait été accompli dans les circonstances déterminées par la loi. Refuserait-on, par exemple, à un soldat la faculté d'adopter son compagnon d'armes qui lui a sauvé la vie dans un combat, sous prétexte que ce dernier n'a fait qu'obéir aux prescriptions de l'honneur militaire ? Nous croyons de même qu'un enfant naturel peut satisfaire, à l'égard de son père, aux conditions de l'art. 345, bien qu'en se portant à son secours, il ait fait strictement son devoir. L'enfant naturel peut donc bénéficier de l'adoption rémunératoire comme de l'adoption ordinaire.

38. L'adoption rémunératoire est dite aussi adoption *privilégiée*. La faveur que mérite l'adoption, quand elle est le tribut d'une dette de reconnaissance aussi sacrée, a, en effet, déterminé le législateur à se départir ici de quelques-unes de ses exigences : « *Il suffira, dans ce deuxième cas,* dit l'art. 345 « al. 2, *que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté,* « *sans enfants ni descendants légitimes ; et, s'il est marié, que* « *son conjoint consente à l'adoption* ». Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait plus de cinquante ans, ni qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté, ni qu'il ait donné à celui-ci des soins non interrompus durant six ans de sa minorité.

Quelles conditions sont donc requises pour cette espèce d'adoption ? En ce qui concerne l'adoptant, elles sont déterminées par l'art. 345 *in fine*. Il faut : 1° que l'adoptant soit majeur ; 2° qu'il soit plus âgé que l'adopté, ne fût-ce que d'un jour ; 3° que l'adoptant n'ait pas d'enfants, ni de descendants légitimes ; 4° s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.

En ce qui touche l'adopté, la loi ne contenant aucune disposition spéciale, il y a lieu de se référer au droit commun ; c'est-à-dire que les conditions requises dans la personne de l'adopté sont les mêmes pour l'adoption rémunératoire que pour l'adoption ordinaire. Il faudra donc : 1° que l'adopté soit majeur (arg. des mots : *en aucun cas*, de l'art. 346) ; 2° qu'il obtienne le consentement ou requière le conseil de ses père et mère ou du survivant (même article) ; 3° qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre personne (art. 344, al. 1). On a soutenu que cette dernière condition n'est pas nécessaire (1). Les art. 345 et 346, a-t-on dit, contiennent toutes les conditions requises pour l'adoption rémunératoire. L'art. 346 est commun aux deux sortes d'adoption. Quant à l'art. 345 al. 2, qui vise uniquement l'adoption rémunératoire, il marque bien, par sa rédaction, que son énumération est limitative. D'une part, il reproduit certaines des conditions de l'adoption ordinaire, ce qui aurait été inutile si ces conditions devaient s'appliquer de plein droit à l'adoption rémunératoire. D'autre part, il nous indique clairement, par les mots « *il suffira* », que les conditions qu'il énumère sont nécessaires, mais suffisantes. Enfin, il est remarquable que ce texte rappelle la disposition de l'art. 344 al. 2. Il est, dit-on, difficile de prétendre qu'il n'a pas eu l'intention d'écarter, par cela même, la règle contenue dans l'alinéa 1 du même article. D'ailleurs, les travaux préparatoires peuvent être invoqués en ce sens (2). Cette argumentation ne nous paraît pas convaincante. Le passage que l'on cite de l'exposé des motifs est loin d'être aussi concluant qu'on le prétend. En outre, il est facile de se rendre compte, en rapprochant l'art. 345 al. 2 de l'art. 346, que le premier de ces deux textes ne parle que des conditions relatives à l'adoptant. Celles qui concernent l'adopté sont indiquées par l'art. 346, commun aux deux sortes d'adoption, et par l'art. 344 al. 1, qui présente le même caractère (3).

(1) Marcadé, II, n. 103 et 104.

(2) V. *Exposé des motifs*, Locré, VI, p. 609.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 180, note 2 ; Valette sur Proudhon, II, p. 198, note *a* ; Demolombe, VI, n. 70 ; Aubry et Rau, VI, § 561, texte et note 2.

§ III. *Conditions requises pour l'adoption testamentaire.*

39. En vue de la réalisation de la condition exigée pour l'adoption par l'art. 345, al. 1, savoir que l'adoptant ait fourni à l'adopté, durant sa minorité et pendant six ans au moins, des soins non interrompus, le législateur a établi la tutelle officieuse, qui a pour résultat d'attacher le mineur à son tuteur officieux par un titre légal et d'obliger celui-ci à nourrir le pupille, à l'élever et à le mettre à même de gagner sa vie. Quand le tuteur officieux craint de mourir avant la majorité de son pupille et avant, par suite, que l'adoption ait pu être consommée, la loi lui permet, sous certaines conditions, de conférer l'adoption à son pupille par acte testamentaire : d'où le nom d'*adoption testamentaire*. L'art. 366 dit à ce sujet : « *Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, « et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du « pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette « disposition sera valable pourvu que le tuteur officieux ne « laisse point d'enfants légitimes* ».

Quatre conditions sont donc requises pour cette adoption :

40. 1° Il faut que l'adoptant soit le tuteur officieux de l'adopté. La loi n'a dérogé aux règles ordinaires qu'en considération des charges spéciales qu'il a assumées. L'adoption testamentaire n'est permise à nul autre. Ainsi ni la tutelle ordinaire, ni la reconnaissance faite par un père de son enfant naturel [1], ne peuvent remplacer la tutelle officieuse.

41. 2° Il faut, en deuxième lieu, qu'il se soit écoulé cinq ans révolus depuis la tutelle. Pendant ce temps d'épreuve le tuteur a pu apprécier le caractère de son pupille et mûrir sa décision.

Des termes de la loi il paraît bien résulter que l'adoption conférée par acte testamentaire avant l'expiration du délai est nulle, alors même que le tuteur ne mourrait qu'après les cinq ans révolus. Le texte dit en effet : « *Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus..., lui confère l'adoption* ». L'adoption

[1] Cass., 23 juin 1857, S., 57, 1, 392.

ne peut être valablement faite que lorsque cinq années se sont écoulées depuis l'entrée en fonctions du tuteur.

On a soutenu cependant que l'adoption est valable, même quand elle est conférée avant le terme légal, pourvu que le tuteur officieux ait exercé la tutelle pendant cinq ans au moins et qu'il n'ait pas, avant sa mort, révoqué l'adoption. Il ne faut pas confondre, a-t-on dit, la capacité de l'adoptant, qui doit exister au moment où l'acte est fait, avec les conditions requises pour la validité de l'adoption. L'acte testamentaire ne doit produire ses effets qu'après la mort de l'adoptant. C'est donc au moment du décès de celui-ci, et non au jour de la confection de l'acte, que les conditions imposées par la loi doivent se trouver réunies (1).

Ce n'est pas ainsi qu'on doit interpréter le texte. L'esprit de la loi est, en effet, ici d'accord avec sa lettre. Pourquoi le législateur a-t-il voulu imposer un stage au tuteur avant de lui permettre d'adopter son pupille par acte testamentaire ? C'est qu'il a cru que la volonté exprimée par lui avant l'expiration du délai de cinq ans ne serait pas suffisamment réfléchie. Il a voulu l'obliger à mûrir sa décision. Dès lors, la volonté d'adopter doit être tenue pour non existante, lorsqu'elle est prématurément exprimée. Peu importe que le tuteur soit mort, ayant encore l'intention d'adopter. Cette intention, qu'il n'a pas régulièrement manifestée, ne peut produire aucun effet (2).

D'ailleurs il ne suffit pas que cinq ans se soient écoulés depuis le moment où la tutelle a été confiée à l'adoptant. Il faut que, pendant cette période, le tuteur se soit réellement acquitté des obligations que lui imposait cette tutelle. Ainsi le veut l'esprit de la loi. Si elle a abrégé au profit du tuteur officieux la durée ordinaire du temps d'épreuve, c'est parce qu'elle a pensé que le tuteur, à raison de ses fonctions et des

(1) Laurent, IV, n. 243. — *Adde* Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 242, et *Suppl.*, n. 75; Zachariæ, I, § 180, note 3.

(2) En ce sens, Cass., 26 nov. 1856, D., 56. 1. 388, S., 57. 1. 129. — Valette sur Proudhon, II, p. 200, note *a;* Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.;* Duranton, III, n. 306; Aubry et Rau, VI, § 561, note 5; Demolombe, VI, n. 73; Huc, III, n. 148.

charges volontairement assumées par lui, serait en relations étroites avec son pupille et lui prouverait efficacement son affection. Le titre nu de tuteur n'est pas suffisant à ses yeux. Le tuteur doit se montrer digne de la faveur qu'on lui fait. Les travaux préparatoires sont en ce sens [1]. Enfin on pourrait peut-être tirer un argument du texte même de l'art. 366. Il ne dit pas : *après cinq ans révolus depuis que la tutelle lui a été confiée*. Il dit : *après cinq ans révolus depuis la tutelle*, c'est-à-dire depuis que le tuteur exerce ses fonctions [2].

42. 3° L'adoption testamentaire n'est valable que si le tuteur officieux meurt avant la majorité de son pupille. Il a fait l'adoption, nous dit l'art. 366, dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille. L'adoption doit donc tomber, si l'hypothèse en vue de laquelle elle a été conférée ne se réalise pas. Le tuteur doit renouveler l'adoption dans les formes ordinaires [3].

L'acte testamentaire conservera cependant son efficacité, si le tuteur est mort sans avoir pu accomplir les formalités ordinaires. Décider autrement, ce serait méconnaître l'intention du législateur. Mais les tribunaux devront se montrer sévères dans l'appréciation des faits. Ils devront annuler l'adoption testamentaire, à moins qu'un événement de force majeure n'ait empêché l'adoptant de se mettre en règle avec la loi, ou qu'on ne puisse lui imputer aucun retard. Tel est le sentiment général des auteurs [4].

43. 4° Il faut encore, pour la validité de l'adoption testamentaire, que le tuteur officieux soit mort sans laisser d'enfants ni de descendants légitimes. *Ne laisse point*, dit le texte (art. 366). Peu importe donc qu'au moment de la confection

[1] Rapport de Perreau au Tribunat, Locré, VI, p. 636.

[2] Bordeaux, 16 juillet 1873. *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 74. S., 74. 2. 49 et la note de M. Lyon-Caen.

[3] Req., 26 nov. 1856, D., 56. 1. 388. S., 57. 1. 129. — Marcadé, II, n. 127; Demante, II, n. 106 bis. II. Demolombe, VI, n. 74; Aubry et Rau, VI, § 561, texte et note 5; Huc, III, n. 115. — *Contra* Chardon, *De la puissance tutélaire*, n. 85; Laurent, IV, n. 211.

[4] Marcadé, *loc. cit.*, Demante, *loc. cit.*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 180, note 4; Demolombe, VI, n. 75; Aubry et Rau, VI, § 561, note 6. — Paris, 8 août 1874. D., 75. 2. 54. S., 75. 2. 4.

de l'acte, il ait des enfants ou descendants ou qu'il lui en survienne postérieurement, si les enfants ou descendants sont tous morts avant lui [1]. La loi a pris en considération l'intérêt des descendants légitimes auxquels l'adoption pourrait préjudicier. Or, cet intérêt ne prend naissance qu'au moment du décès de leur auteur, puisque c'est à cette époque seulement que l'adoption doit produire ses effets. D'ailleurs, pour que l'adoption soit caduque, il suffit que le descendant légitime de l'adoptant soit conçu au jour du décès de celui-ci, pourvu qu'ensuite il naisse vivant et viable.

44. L'adoption testamentaire, pour être parfaite, doit évidemment être acceptée par celui qui en est l'objet. Elle ne peut lui être imposée. Ce n'est qu'après la mort de l'adoptant que l'adopté peut valablement prendre parti sur l'adoption, puisque celle-ci, comme toute disposition de dernière volonté, reste à l'état de projet jusqu'à la mort du disposant. Le plus souvent [2], l'adopté sera mineur à cette époque. Qui doit renoncer ou accepter pour lui? La loi n'ayant pas réglé expressément ce point, il convient de s'en référer aux principes généraux. L'acceptation ou la répudiation devra donc être faite au nom du mineur par ses représentants légaux. Mais la décision qu'ils auront prise ne peut, croyons-nous, le lier irrévocablement. En une matière aussi grave, c'est à l'adopté seul qu'il appartient de se prononcer définitivement. Aussi faut-il décider que le pupille, devenu majeur, aura le droit de revenir sur la renonciation faite par ses représentants légaux, ou de répudier l'adoption qu'ils auront acceptée en son nom. C'est l'état du mineur qui est en cause, et cet état ne peut être modifié sans sa volonté [3]. Cette solution a sans doute l'inconvénient de laisser en suspens le sort de l'adoption jusqu'à la majorité de l'adopté; mais on ne peut

[1] Marcadé, II, n. 127; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 180, note 5; Valette sur Proudhon, II, p. 200, note *a*, II; Demolombe, VI, n. 77; Aubry et Rau, VI, § 561, texte et note 9; Laurent, IV, n. 245.

[2] V. *supra*, n. 42.

[3] *J. G.*, v° *cit.*, n. 243 et *Suppl.*, n. 77; Marcadé, II, n. 128; Valette sur Proudhon, II, p. 190, note *a*, et p. 209, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 180, note 9; Demolombe, VI, n. 80; Laurent, IV, n. 247; Huc, III, n. 148. — Cpr. Demante, II, n. 105 *bis*, III.

ajourner jusqu'à cette époque la décision à prendre, car la succession de l'adoptant serait provisoirement recueillie par les héritiers de celui-ci, au préjudice des droits éventuels de l'adopté, pour la conservation desquels la loi n'a prévu aucune mesure de garantie.

45. Du reste, l'acceptation ne pourra avoir lieu qu'en obtenant le consentement ou en requérant le conseil des père et mère de l'adopté. L'art. 346 édicte une règle générale, qui doit, dans tous les cas, recevoir son application. Il en est de même de celle qui est établie par l'art. 344, al. 1. Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher cette partie du texte du 2e alinéa, qui excepte formellement de sa disposition le cas de l'art. 366 [1].

46. L'adoption testamentaire est dite privilégiée, parce qu'elle est dispensée de certaines conditions auxquelles est soumise l'adoption ordinaire. Ainsi la loi n'exige pas le consentement du conjoint de l'adoptant (art. 344, al. 2). Car, l'adoption testamentaire ne devant produire ses effets qu'après la mort du disposant, il n'est pas à craindre qu'elle trouble la paix du ménage. De même, comme nous le verrons, il n'est pas nécessaire qu'elle soit homologuée par la justice et inscrite sur les registres de l'état civil. Enfin elle peut avoir lieu au profit d'un mineur, par dérogation au principe général de l'art. 346, et le temps de stage imposé à l'adoptant est réduit à cinq ans.

47. Telles sont les conditions requises pour la formation de l'adoption contractuelle ou testamentaire, ordinaire ou privilégiée. A quel moment doivent-elles être accomplies? Pour résoudre cette question, il est indispensable de décrire les formes de l'adoption. C'est à cette étude que nous allons maintenant procéder.

SECTION II

DES FORMES DE L'ADOPTION

Ces formes varient suivant que l'adoption est faite par acte contractuel ou par acte testamentaire.

[1] Demolombe, VI, n. 41.

§ I. *Des formes de l'adoption contractuelle.*

48. L'adoption ordinaire et l'adoption rémunératoire se réalisent dans les mêmes formes. Toutes deux supposent un accord de volontés et exigent, pour leur perfection, l'accomplissement des solennités prescrites par la loi. Ces formalités sont relatives : 1° à la réception de l'acte d'adoption par le juge de paix ; 2° à l'homologation par la justice de l'accord de volontés intervenu entre les parties ; 3° à l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

N° 1. Réception de l'acte par le juge de paix.

49. Aux termes de l'art. 353, complété par la loi du 17 mai 1900, art. 3 : « *La personne qui se proposera d'adopter,* » *et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le* » *juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte* » *de leurs consentements respectifs. — Dans les cas prévus par* » *l'article 93, l'acte sera dressé par un fonctionnaire de l'in-* » *tendance ou par un officier du commissariat* » (1).

L'acte d'adoption ne peut donc être valablement reçu par un notaire, ou par l'officier de l'état civil (2).

50. C'est le juge de paix du domicile de l'adoptant qui est désigné par la loi pour recevoir les déclarations des parties. Non qu'il ait à faire personnellement aucune vérification, mais l'homologation doit être demandée aux tribunaux, qui sont chargés de vérifier si toutes les conditions imposées par

(1) Cpr. C. civ. allemand, art. 1750 ; italien, art. 213. — Nous supposerons, dans les explications qui vont suivre, que l'acte d'adoption a été reçu par le juge de paix. Les solutions que nous donnerons devront être appliquées, *mutatis mutandis,* au cas exceptionnel visé par l'alinéa 2 de l'art. 353.

(2) Si les parties se trouvent en pays étranger, peuvent-elles se présenter devant le consul français, pour faire dresser l'acte d'adoption ? Dans le sens de la négative, on dit que les consuls sont simplement chargés de jouer le rôle d'officier de l'état civil pour la constatation des faits d'état civil intéressant nos nationaux, et que, précisément, les officiers de l'état civil sont ici incompétents *ratione materiæ.* Laurent, IV, n. 215 ; Huc, III, n. 155 ; de Clercq et de Vallat, *Guide prat. des consulats,* I, p. 465. — Cpr. pour le Levant et la Barbarie, de Clercq et de Vallat, *op. cit.*, II, p. 403. — En sens contraire, on fait remarquer que les consuls ont compétence pour les actes de juridiction volontaire ou gracieuse. Despagnet, n. 286 ; Weiss, *Traité théor. et prat. de Droit. intern. privé,* VI, p. 123.

la loi se trouvent réunies ; or, ce sont le tribunal et la cour d'appel dans le ressort desquels se trouve le domicile de l'adoptant qui pourront le mieux procéder à cette vérification.

51. Les parties, dit le texte, *se présenteront* devant le juge de paix. Est-il nécessaire qu'elles comparaissent en personne ? Les termes de l'art. 353 semblent l'exiger [1]. Nous pensons cependant que la comparution personnelle des deux parties n'est pas indispensable. Il est de règle que l'on peut se faire représenter par un mandataire dans les actes juridiques. Et l'art. 36 du code civil accorde expressément cette faculté en matière d'actes de l'état civil. Pour qu'il en fût autrement, en ce qui concerne l'acte d'adoption, il faudrait un texte bien formel ou des raisons sérieuses tirées du caractère même de cet acte. Or le législateur, dans l'art. 353, a pu simplement supposer que les parties comparaîtront en personne, mais sans avoir l'intention de l'exiger. Pourquoi d'ailleurs aurait-il imposé cette comparution ? Le juge de paix n'a rien à dire aux parties ; il n'a pas de lecture à leur faire, pas d'interpellations à leur adresser comme l'officier de l'état civil en matière de mariage. Dans les formalités de l'adoption, on ne voit rien qui rende nécessaire la présence réelle de l'adoptant et de l'adopté [2].

La procuration devra naturellement être spéciale et authentique (arg. art. 36).

Voilà la base de l'adoption contractuelle. Mais celle-ci n'est pas encore parfaite quand le juge de paix a dressé acte des consentements échangés. Elle ne le sera qu'après l'accomplissement des formalités dont il va être parlé.

N° 2. Homologation par la justice.

52. L'adoption touchant à l'état des personnes, le législateur a voulu l'entourer de garanties sérieuses. Il a confié à l'autorité judiciaire la mission de vérifier si les conditions requises sont remplies et de consacrer, au nom de la loi, les

(1) En ce sens, Grenier, *op. cit.*, n. 18 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 176, note 1 ; Demolombe, II, n. 80.

(2) Zachariæ, *loc. cit.* ; Demolombe, VI, n. 88 ; Aubry et Rau, VI, § 557, texte et note 4 ; Laurent, IV, n. 216 ; Huc, III, n. 130.

liens que l'adoption doit former [1]. L'homologation devra être demandée successivement au tribunal d'arrondissement et à la cour d'appel. Les art. 354 à 358 nous indiquent la manière dont les tribunaux sont saisis et la procédure qu'ils suivent.

« *Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours* » *suivants, par la partie la plus diligente, au Procureur du* » *Roi près le tribunal de première instance dans le ressort* » *duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être sou-* » *mis à l'homologation de ce tribunal. Le fonctionnaire de* » *l'intendance ou l'officier du commissariat qui aura reçu un* » *acte d'adoption en adressera, dans le plus bref délai, une* » *expédition au ministre de la guerre ou au ministre de la* » *marine, qui la transmettra au Procureur de la République* » (art. 354, complété par la loi du 17 mai 1900).

« *Le tribunal réuni en la Chambre du conseil, et après s'être* » *procuré les renseignements convenables, vérifiera : 1° si* » *toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la per-* » *sonne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputa-* » *tion* » (art. 355).

« *Après avoir entendu le Procureur du Roi, et sans aucune* » *autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans* » *énoncer de motifs, en ces termes :* Il y a lieu, *ou* Il n'y a pas » lieu à l'adoption » (art. 356).

« *Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de pre-* » *mière instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la* » *partie la plus diligente, soumis à la Cour royale, qui ins-* » *truira dans les mêmes formes que le tribunal de première* » *instance, et prononcera, sans énoncer de motifs :* Le juge- » ment est confirmé, *ou* Le jugement est réformé ; en consé- » quence, il y a lieu, *ou* il n'y a pas lieu à l'adoption » (art. 357).

« *Tout arrêt de la Cour royale qui admettra une adoption,* » *sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel* » *nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenables* » (art. 358).

[1]) Cpr. C. civ. allemand, art. 1753 ; Zurich, art. 720 s. ; espagnol, art. 178 ; italien, art. 214 s.

53. Les tribunaux seront saisis, nous disent les textes, par la partie la plus diligente. Il n'est donc pas nécessaire que les deux parties poursuivent en même temps la procédure d'homologation. Par l'acte même reçu par le juge de paix, les deux parties se sont liées l'une envers l'autre et chacune a désormais un droit acquis à poursuivre l'homologation. Il se peut d'ailleurs que la partie qui a saisi la cour d'appel ne soit pas celle qui a saisi le tribunal. La loi ne fait aucune distinction.

La procédure que la loi a organisée est extrêmement simple et discrète.

Le tribunal est saisi, non par un exploit d'ajournement signifié par l'une des parties à l'autre, mais par la simple remise faite au Procureur de la République d'une expédition de l'acte d'adoption (art. 354). Dans la pratique, la partie la plus diligente adresse par ministère d'avoué requête au Président du tribunal, en joignant à cette pièce tous les documents qu'il est nécessaire ou utile de porter à la connaissance des juges [1]. Ce mode de procéder, bien que n'étant pas formellement autorisé par les textes, doit être admis sans difficulté, à raison de la très grande liberté qui est laissée aux tribunaux en cette matière. D'ailleurs il satisfait au vœu de la loi, et il présente même l'avantage de constater si la remise des pièces a été faite dans le délai légal.

Les textes n'indiquent pas comment la cour doit être saisie. Il semble donc qu'on pourra procéder comme en première instance, soit en remettant les pièces au Procureur général (arg. d'anal. de l'art. 354), soit en adressant au Premier Président une requête par ministère d'avoué [2].

54. La remise des pièces doit être faite au Procureur de la République dans les dix jours qui suivent la réception de l'acte par le juge de paix, et le jugement du tribunal de première instance doit être soumis à la cour dans le mois qui suivra sa prononciation (art. 354 et 357). Si les tribunaux sont saisis tardivement, la procédure est-elle viciée au point

(1) Poitiers, 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138. — Cass., 1er mai 1861, D., 61. 1. 213, S., 61. 1. 513.

(2) Demolombe, VI, n. 97; Demante, II, n. 92 *bis*.

d'entraîner la nullité de l'adoption? Nous ne le pensons pas. Il existe, en effet, entre les art. 354 et 357, d'une part, et l'art. 359, d'autre part, une remarquable différence de rédaction. Tandis que ce dernier texte déclare expressément que l'adoption *restera sans effet,* faute d'avoir été inscrite dans le délai de trois mois, les articles 354 et 357 ne contiennent aucune sanction. D'ailleurs, au cours des travaux préparatoires, on avait proposé le texte suivant : « A défaut, par les parties intéressées, de se conformer aux délais prescrits par les articles 9, 12 et 14..., tous les actes et jugements relatifs à l'adoption seront considérés comme non avenus ». Cette proposition fut repoussée (1). Or les art. 9 et 12 du projet du conseil d'Etat correspondaient aux art. 354 et 357. C'est donc bien intentionnellement que les rédacteurs du code n'ont pas édicté la nullité pour assurer l'observation des délais prescrits par ces deux textes. Ils ont pensé que, dans le cas des art. 354 et 357, le souci de leurs intérêts suffisait pour inciter les parties à se conformer aux prescriptions légales, puisque l'homologation des tribunaux est nécessaire pour rendre le contrat parfait; tandis qu'il en est autrement dans l'hypothèse prévue par l'art. 359. Ici l'adoption est admise par la cour d'appel; les parties ont obtenu satisfaction; mais il s'agit de porter l'adoption à la connaissance du public, des tiers auxquels elle pourra être opposée. C'est donc l'intérêt public qui est en jeu; il ne faut pas qu'il souffre de la négligence des parties. Ainsi s'explique la sanction énergique de l'art. 359. Ajoutons enfin que le pouvoir d'appréciation que la loi reconnaît aux tribunaux pourra ici s'exercer. Si le tribunal et la cour constatent que les parties ne mettent pas d'empressement à poursuivre l'homologation, ils refuseront de sanctionner une adoption à laquelle les principaux intéressés ne paraissent pas tenir eux-mêmes (2).

(1) Locré, VI, p. 591.

(2) Duvergier sur Toullier, II, n. 1004, note *a;* Valette, *Explic. somm.,* p. 193; Zachariæ, I, § 176, notes 2 et 5; Aubry et Rau, VI, § 557, notes 2 et 6; Demolombe, VI, n. 98; Laurent, IV, n. 219 et 231. — Grenoble, 7 mars 1849, D., 51. 2. 240, S., 50. 2. 209. — Nancy, 30 déc. 1871, D., 72. 5. 15, S., 71. 2. 254. — Montpellier, 9 mai 1882, *J. G., Suppl.,* v° *cit.,* n. 27, S., 84. 2. 158. — Cpr. Demante, II, n. 94 *bis.*

Les arguments que nous venons de développer suffisent à ruiner ceux que l'on a fait valoir contre notre solution. Aussi nous bornerons-nous à signaler brièvement ces derniers. La loi, a-t-on dit, ne peut rester dépourvue de sanction. En outre, si la loi édicte la nullité dans le cas de l'art. 359, où il s'agit d'une adoption déjà admise par la justice, à plus forte raison la nullité doit-elle être encourue lorsque les délais des art. 354 et 357 n'ont pas été observés. Enfin, il importe, en cette matière exceptionnelle et toute de rigueur, de suivre scrupuleusement les prescriptions légales et spécialement de se conformer aux délais fixés par la loi, afin d'empêcher que l'état des personnes ne demeure trop longtemps en suspens [1].

55. Nous venons de voir comment les tribunaux sont saisis de la demande en homologation. Cette demande est examinée par eux de la manière la plus simple. Pour se procurer les renseignements nécessaires, les juges peuvent recourir aux moyens qu'ils jugeront les plus propres à les éclairer. La loi proscrit toute forme de procédure (art. 356 et 357). Ainsi il ne doit pas y avoir d'enquête. Il n'est pas cependant interdit au tribunal de désigner un de ses membres pour étudier l'affaire et la lui exposer dans un rapport. Il n'y a pas là, comme l'a dit la cour de cassation, une de ces *formes de procédure* que les textes prohibent. C'est une simple mesure d'instruction permettant aux juges d'arriver à la connaissance de la vérité, tout en leur laissant leur entière liberté d'action et leur complète indépendance [2].

C'est en chambre du conseil que l'affaire est examinée, aussi bien devant le tribunal que devant la cour d'appel. Par là, on a voulu assurer aux parties le bénéfice d'une instruction discrète. On n'a pas voulu qu'elles pussent être atteintes dans leur considération par des allégations produites dans le plein jour de l'audience (art. 355 et 357 combinés).

[1] Dalloz, *J. G.*, v° *Adoption*, n. 141 et 148; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 528; Duranton, III, n. 302; Valette sur Proudhon, II, p. 204, note *a*, II; Toullier, II, n. 1002. — Cpr. Marcadé, II, n. 127.

[2] Demolombe, VI, n. 214 *bis*; Aubry et Rau, VI, § 557, note 3; Laurent, IV, n. 277. — Cass., 21 mars 1859, D., 59. 1. 370, S., 59. 1. 830.

56. Le jugement du tribunal de première instance est toujours prononcé en chambre du conseil, qu'il rejette ou qu'il admette l'adoption. Car l'affaire n'est pas encore terminée, et il est inutile d'informer le public d'un acte d'adoption auquel la cour peut-être refusera l'homologation (1).

L'arrêt de la cour d'appel est, au contraire, prononcé en audience publique, quand il déclare qu'il y a lieu à l'adoption. Alors la publicité ne peut offrir que des avantages. Quand la cour d'appel rejette l'adoption, son arrêt doit être rendu en chambre du conseil. C'est la règle suivie en première instance qui doit alors recevoir son application. Cela résulte du rapprochement des articles 357 et 358. L'art. 357 porte que la cour d'appel instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance; et l'article 358 n'établit de formes particulières que pour la décision qui admet l'adoption. La prononciation en audience publique de l'arrêt qui rejette l'adoption serait un cas de nullité (2).

On discutait autrefois la question de savoir si l'arrêt de la cour d'appel devait être prononcé en audience ordinaire ou en audience solennelle. On admettait généralement que l'affaire devait être portée à l'audience ordinaire (3). Le décret du 26 novembre 1899, qui a modifié l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, place désormais cette solution au-dessus de toute contestation.

57. Pour que l'adoption ait lieu, il n'est pas nécessaire que le jugement de première instance ait été confirmé par la cour d'appel. En d'autres termes, il importe peu que le tribunal d'arrondissement ait admis ou rejeté l'adoption; il faut, mais il suffit que la cour déclare qu'il y a lieu à l'adoption. Telle est la règle générale pour les décisions judiciaires, et il résulte bien

(1) Paris, 6 déc. 1900, *Pandectes franç.*, 1902. 2. 17. — Cpr. Cass., 21 mars 1859, D., 59. 1. 370. — Paris, 8 août 1894, *Pandectes franç.*, 1902. 2. 171.

(2) Aubry et Rau, VI, § 557, texte et note 9; Demolombe, VI, n. 92; Laurent, IV, n. 218. — Cass., 22 mars 1848, D., 48. 1. 66, S., 48. 1. 372. — Cass., 28 février 1866, D., 66. 1. 111, S., 66. 1. 220.

(3) Demolombe, VI, n. 99; Aubry et Rau, VI, § 557, note 8. — Cpr. Limoges, 4 juin 1840, *J. G.*, v° *cit.*, n. 150. — Dijon, 9 août 1854, S., 56. 2. 17. — Cass., 23 août 1852, D., 52. 1. 273, S., 53. 1. 17. — Cass., 1er mai 1872, D., 73. 5. 13, S., 72. 1. 191.

des travaux préparatoires [1] que le législateur n'a pas voulu s'en écarter en notre matière. On ne peut sérieusement argumenter en sens contraire des termes de l'art. 357, qui, a-t-on dit, devrait se lire ainsi : « Le jugement est confirmé, en conséquence il y a lieu à l'adoption ; le jugement est infirmé, en conséquence il n'y a pas lieu à l'adoption ». Ce n'est pas ainsi que doit être compris le texte, dont la formule est toute différente, et qui présente le rejet et l'admission de l'adoption par la cour d'appel comme pouvant être indistinctement la conséquence de la confirmation ou de la réformation du jugement. La pratique et la doctrine sont d'ailleurs d'accord sur ce point [2].

58. Ni le jugement, ni l'arrêt ne doivent être motivés (art. 356 et 357). Ils doivent simplement porter qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption. Cette règle s'explique par le désir d'assurer le secret aux parties. Ainsi, au cas où l'homologation est refusée, l'adoptant peut avoir intérêt à ce que le motif qui a déterminé les juges ne soit pas divulgué, par exemple, si ceux-ci ont rejeté l'adoption à cause de la mauvaise réputation de l'adoptant [3].

59. Le tribunal et la cour d'appel ne peuvent statuer qu'après avoir entendu le ministère public (art. 356 et 357 C. civ., et 83 C. pr. civ.).

60. Telle est la procédure suivie devant la justice pour obtenir l'homologation de l'adoption. Cette procédure présente une physionomie particulière. Elle ne débute pas, comme un procès ordinaire, par un exploit d'ajournement. En réalité, ce n'est pas un procès que les juges sont appelés à trancher ; ce n'est pas une contestation qui leur est soumise ; il n'y a, comme le dit Laurent (IV, n. 220), il n'y a devant les magistrats, ni droit, ni obligation, ni demandeur, ni défen-

[1] V. dans Locré, VI, p. 436, les art. 26 et 27 du deuxième projet, qui ont été plus tard fondus en une formule unique, pour former la partie finale de l'art. 357.

[2] Aubry et Rau, VI, § 557, note 7 ; Demolombe, VI, n. 99.

[3] La loi étant générale, la sentence ne doit même pas énoncer que les conditions et formalités prescrites ont été observées ou ne l'ont pas été. Elle ne doit faire aucune allusion à la manière dont l'affaire a été instruite. Notamment, si un rapport a été fait, elle ne doit pas en faire mention. Cass., 21 mars 1859, D., 59. 1. 370, S., 59. 1. 49.

deur; il n'y a pas d'instance, il n'y a pas de cause. Ce qu'on demande à la justice, c'est de sanctionner, d'approuver un accord de volontés constaté par le juge de paix; de vérifier si les conditions légales sont remplies. Elle accomplit un acte de juridiction gracieuse, non de juridiction contentieuse. Elle ne juge pas. La décision qu'elle prend ne constitue pas un jugement; c'est une formalité, une solennité nécessaire pour la perfection du contrat d'adoption, formalité qui fait corps avec ce contrat et n'en peut être séparée (1).

Ne serait-il pas possible cependant qu'une contestation s'élevât, contestation sur laquelle les juges auraient à se prononcer, faisant ainsi acte de juridiction contentieuse ? Tout d'abord, les personnes intéressées à empêcher l'adoption pourraient-elles intervenir par voie d'action, pour s'opposer à la demande d'homologation ? Non, certainement; la loi ne leur reconnaît pas ce droit. Elles peuvent tout au plus remettre au Procureur de la République (ou au Procureur général), des notes, mémoires, observations, ayant pour but de compléter ou de préciser les renseignements que les magistrats doivent se procurer (2). Mais la remise de ces mémoires, alors même qu'ils seraient admis par la justice, ne peut, en aucun cas, être considérée comme l'exercice d'une action en justice, et ne transforme pas le jugement sur l'adoption en un acte de juridiction contentieuse.

Il en serait de même des mémoires que les héritiers de l'adoptant sont, aux termes de l'art. 360, autorisés à remettre au Procureur de la République. Bien que celui-ci soit tenu de les recevoir et de les soumettre aux juges, puisque les héritiers invoquent une autorisation qui leur est accordée expressément par la loi, la procédure d'homologation conserve son caractère; les héritiers ne sont ni demandeurs, ni défendeurs; ils n'exercent pas une action, ils ne défendent pas à

(1) Marcadé, II, n. 122; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 13; Demolombe, VI, n. 187; Huc, III, n. 132. — Cass., 13 mai 1868, D., 68. 1. 249. — Trib. de Villefranche, 2 déc. 1880, D., 81. 3. 29. — Cass., 20 juill. 1887, D., 88. 1. 171; 10 fév. 1892, D., 92. 1. 329 et la note, S., 92. 1. 140.

(2) L'art. 360 semble n'accorder ce droit aux personnes intéressées à s'opposer à l'adoption qu'après le décès de l'adoptant. Mais il n'y a pas de raisons sérieuses pour le leur refuser du vivant de celui-ci. Demolombe, VI, n. 94.

une demande en justice ; il n'y a pas de procès véritable [1].

Du principe que les décisions judiciaires rejetant ou admettant l'adoption constituent de simples actes de juridiction gracieuse, découlent des conséquences importantes.

D'abord elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée, puisqu'elles ne jugent rien. Si donc la cour a déclaré qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, les parties peuvent renouveler leur demande, soit devant les mêmes tribunaux, soit devant les tribunaux dans le ressort desquels l'adoptant aurait ensuite transféré son domicile [2]. Dans le cas où l'adoptant aurait changé de domicile, il est incontestable qu'un nouvel acte d'adoption devra être dressé (arg. art. 353 et suiv.). Mais est-il nécessaire de le renouveler si l'adoptant a conservé le même domicile ? On l'admet, en invoquant l'autorité de la chose jugée : la cour, ayant dû se placer au moment de l'acte pour apprécier si les conditions requises par la loi sont remplies, son arrêt prouve tout au moins que ces conditions ne sont pas remplies à ce moment. Ces motifs ne nous paraissent pas satisfaisants ; on ne peut parler de l'autorité de la chose jugée, puisqu'il n'y a pas de chose jugée. Cependant les parties agiront prudemment en faisant dresser un nouvel acte d'adoption, car, si elles ne le font pas, elles s'exposent à voir écarter, *de plano* et sans examen, leur nouvelle demande d'homologation [3].

Puisque l'arrêt constitue un acte de juridiction gracieuse, il faut décider encore qu'il n'est pas possible de se pourvoir en cassation contre lui. Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire ouverte contre les jugements et non contre les actes de juridiction volontaire [4]. On peut ajouter

[1] Mourlon et Verpré sur Zachariæ, I, § 176, note 14 ; Demolombe, VI, n. 110 ; Aubry et Rau, VI, § 558, note 14, Laurent, IV, n. 223 ; Huc, III, n. 134 ; Massigli, *rev. crit.*, 1882, p. 285. — Trib. Villefranche, 2 déc. 1880, D., 81. 3. 29. — *Contra* Grenier, *op. cit.*, n. 22.

[2] Duranton, III, n. 303 ; Zachariæ, I, § 176, note 9 ; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 24 ; Demolombe, VI, n. 122 ; Laurent, IV, n. 220 ; Huc, III, n. 132. — Lyon, 8 fév. 1823, S., 33. 2. 214.

[3] Cpr. Duranton, III, n. 333.

[4] Merlin sur Poullain, II, p. 207, note *a*, II ; Duranton, III, n. 330 ; Zachariæ, I, § 176, note 6 ; Demolombe, VI, n. 100 ; Laurent, IV, n. 221. — Cpr. Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 14.

que, l'arrêt n'étant pas motivé, la cour suprême serait dans l'impossibilité de remplir sa mission, car comment savoir si les juges ont mal interprété la loi, puisqu'ils ne donnent aucun motif à l'appui de leur décision? Mais cette dernière considération est, à nos yeux, d'ordre secondaire. A l'envisager isolément, on serait amené logiquement à conclure que le pourvoi est recevable contre un arrêt admettant l'adoption, parce qu'il peut résulter de l'arrêt lui-même que les formes légales n'ont pas été observées, ou que la cour n'a pas tenu compte des conditions imposées par la loi, par exemple, elle a homologué l'adoption d'un étranger qui n'a pas la jouissance des droits civils (1). Il faudrait de même décider, en adoptant ce point de départ, que le pourvoi serait possible contre un arrêt de rejet, si la cour d'appel avait violé les formes requises pour la validité des jugements en matière civile (2). Pour nous, même dans ces diverses hypothèses, nous ne croyons pas que l'arrêt de la cour d'appel puisse être soumis au contrôle de la cour de cassation. Nous le répétons, il s'agit là d'un acte de juridiction volontaire. Le pourvoi en cassation n'est recevable que contre les jugements, contre les actes de juridiction contentieuse.

Pour le même motif, nous refuserons aux tiers qui se croient lésés dans leurs intérêts le droit d'attaquer l'arrêt par la tierce opposition, même s'ils se prétendent victimes d'un dol ou d'une fraude (3).

61. Est-ce à dire que l'adoption consacrée par la justice ne puisse jamais être attaquée? Non certainement. Il reste aux par-

(1) Toullier, II, n. 1019; Demolombe, VI, n. 101; Aubry et Rau, VI, § 557, texte et notes 10 et 11; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 176, note 6.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*; Aubry et Rau, VI, § 557, texte et notes 10 et 11; Demolombe, VI, n. 101.

(3) Chauveau et Carré, *Procédure civile*, IV, n. 1712 *bis*; Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, n. 83; Duranton, III, n. 330, 331; Aubry et Rau, VI, § 558, note 14; Demolombe, VI, n. 191. — De ce principe que le jugement ou l'arrêt homologuant l'adoption est un acte de juridiction gracieuse on pourrait encore tirer cette conséquence que, s'il a été rendu en pays étranger, il peut être exécuté en France sans être revêtu de l'*exequatur*. Mais la question est discutée. V. sur ce point Nancy, 25 avril 1885, D., 86. 2. 131. — Paris, 27 avril 1892, sous un arrêt de Cass., D., 94. 1. 425 et la note de M. de Boeck. — Cpr. Paris, 30 juil. 1903, D., 1904. 2. 468.

ties intéressées la ressource de demander l'annulation de l'adoption, lorsque les formes et conditions légales n'auront pas été respectées. Cette action ne sera pas dirigée directement contre l'arrêt d'homologation. C'est à l'adoption elle-même, considérée comme contrat solennel, que les parties s'en prendront. La décision judiciaire, qui en constitue une des formes, ne sera atteinte que par voie de conséquence. Elle sera effacée par la sentence qui prononcera la nullité du contrat. Cette action en nullité ne constitue donc pas, à proprement parler, une voie de recours contre l'arrêt d'homologation. C'est une action principale, qui est soumise aux règles ordinaires de la procédure [1] (*infra*, n. 78 s.).

N° 3. Inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

62. Aux termes de l'art. 359 : « *Dans les trois mois qui* « *suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisi-* « *tion de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de* « *l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié.*

« *Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expé-* « *dition, en forme, du jugement de la Cour royale; et l'adop-* « *tion restera sans effet, si elle n'a été inscrite dans ce* « *délai* » [2].

La loi veut que l'adoption soit portée à la connaissance des tiers. Dans ce but, elle prescrit l'accomplissement de formalités de publicité. L'arrêt de la cour d'appel qui admet l'adoption doit être affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la cour jugera convenable (art. 358). En outre, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil. C'est de cette dernière formalité que nous allons nous occuper spécialement.

63. L'inscription doit être faite sur les registres de l'état civil du domicile de l'adoptant. Bien que la loi ne le dise pas, on est d'accord pour décider que l'adoption doit être inscrite

[1] Valette sur Proudhon, *loc. cit.*; Duranton, III, n. 331; Demante, II, n. 96; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et notes 13 et 14; Demolombe, VI, n. 193; Laurent, IV, n. 321. — Cass., 13 mai 1868, D., 68. 1. 249. — Trib. de Villefranche, 2 décembre 1880, D., 81. 3. 29.

[2] Cpr. C. civ. italien, art. 219; espagnol, art. 178.

sur les registres des naissances, car l'adoption est une sorte de naissance civile.

Ce qu'il faut inscrire, ou, plus exactement, *transcrire*, sur ce registre, c'est l'acte d'adoption reçu par le juge de paix. Cela semble du moins résulter de l'art. 359, d'après lequel l'inscription sera faite sur le vu d'une expédition en forme du jugement de la Cour. Donc ce n'est pas ce jugement, ou mieux cet arrêt, qui doit être transcrit (1). Mais il ne faut pas hésiter à décider que la transcription de l'arrêt équivaudrait à la transcription de l'acte. Le vœu de la loi serait en effet rempli, puisque l'adoption serait, par ce moyen, portée à la connaissance du public (2).

L'inscription de l'adoption doit être faite par l'officier de l'état civil sur le vu d'une expédition en bonne forme de l'arrêt. L'officier de l'état civil n'est pas tenu de déférer à une réquisition qui lui serait adressée dans une forme autre que celles que la loi a fixées. S'il l'a fait cependant, si, par exemple, il a inscrit l'adoption sur la présentation d'une copie de l'arrêt certifiée par un avoué, l'inscription ne serait pas nulle. La loi est satisfaite ; l'inscription de l'adoption a eu lieu. Peu importe que l'officier de l'état civil ait obéi à une réquisition à laquelle il aurait pu, ou même dû ne pas déférer (3).

La réquisition, dit l'art. 359, est faite par l'une ou l'autre des parties. Il résulte de cette formule que la présence des deux parties n'est aucunement nécessaire au moment de l'inscription, et que par conséquent l'officier de l'état-civil n'a pas de paroles solennelles à prononcer. Il ne déclare pas que l'adoption est désormais consacrée. Son rôle se borne à transcrire l'acte qui lui est présenté (4).

Il serait bon, d'après certains auteurs (5), qu'il dressât un

(1) Laurent, IV, n. 222. — Cpr. Demolombe, VI, n. 105 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 176, note 8.

(2) Aubry et Rau, VI, § 557, p. 124 et 125 ; Laurent, *loc. cit.* — Cass., 23 nov. 1847, D., 47. 1. 368, S., 48. 1. 58. — Grenoble, 7 mars 1849, D., 51. 2. 240, S., 50. 2. 209. — Poitiers, 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138, D., 61. 1. 213. — Cass., 1er avril 1863, D., 63. 1. 463, S., 63. 1. 472.

(3) Cass., 1er avril 1863, *supra*.

(4) V. cependant avis du conseil d'Etat du 12 therm. an XII.

(5) Demolombe, VI, n. 105 à 107.

procès-verbal relatant l'acte d'adoption et l'arrêt confirmatif, en présence de deux témoins qui signeraient avec le requérant. Mais aucun texte de loi ne l'y oblige, et l'absence de ce procès-verbal, le défaut de témoins, la non apposition de sa signature par le requérant, n'entraîneraient pas la nullité de l'inscription [1].

64. L'art. 359 proclame, en termes énergiques, que l'adoption *restera sans effet*, si elle n'a été inscrite dans le délai légal. La sanction s'applique-t-elle seulement à la condition de l'inscription? Ou faut-il dire également que l'adoption restera sans effet, si elle a été inscrite dans le délai, mais en un lieu autre que celui où l'adoptant a son domicile? C'est en ce dernier sens, le plus rigoureux, qu'il convient d'interpréter le texte. Les mots : « *si elle n'a été inscrite* » signifient : si elle n'a été inscrite sur le registre de l'état-civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Les rédacteurs de l'art. 359 ont employé, dans l'al. 2, une formule abrégée qui, dans leur esprit, comprenait celle plus complète de l'al. 1. Il est évident qu'une inscription quelconque, faite en un lieu quelconque, ne satisferait aucunement au vœu de la loi. Quelle efficacité aurait la mesure de publicité qu'elle prescrit, si la règle de l'art. 359 était dépourvue de sanction [2]?

65. Une fois l'inscription opérée, l'adoption est parfaite. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, il est loisible aux parties de revenir sur leur volonté antérieure et d'abandonner leur projet d'adoption. Elles n'ont, pour rendre celui-ci caduc, qu'à ne pas poursuivre l'homologation en justice, ou même, si l'arrêt confirmatif est déjà rendu, qu'à ne pas requérir l'inscription sur les registres de l'état-civil. Leur mutuel dissentiment persistant jusqu'à l'expiration du délai, l'adoption tombera. — Pourraient-elles, par une convention, renoncer expressément à l'adoption? Une telle convention serait-elle obligatoire pour elles? Les auteurs en général [3]

[1] Aubry et Rau, VI, § 557, p. 125. — Caen, 9 juill. 1846, et Cass., 23 nov. 1847, D., 47, 1, 366, S., 48, 1, 78.

[2] Demolombe, VI, n. 106. — Montpellier, 19 avril 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 163, p. 315, S., 42, 2, 312.

[3] Demolombe, VI, n. 95, Aubry et Rau, VI, § 559, p. 132, Huc, III, n. 133. — Cpr. Duranton, III, n. 301, Laurent, IV, n. 212.

l'admettent plus ou moins formellement. Mais l'exactitude de cette solution nous inspire des doutes. En principe, l'état des personnes est au-dessus de leur volonté. Sans doute, les parties peuvent anéantir l'adoption, en s'abstenant, d'un commun accord, d'accomplir les formalités prescrites, mais alors c'est la loi elle-même qui proclame l'adoption sans effet. Autre chose est déclarer valable et obligatoire une convention par laquelle les parties s'interdisent mutuellement de requérir l'accomplissement des formalités qui doivent rendre l'adoption parfaite. Ce serait faire produire à l'accord des volontés d'un instant les effets que la loi attache au mutuel dissentiment ou à la négligence persistants.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, du jour où l'acte d'adoption a été reçu par le juge de paix, chacune des parties a le droit individuel de demander l'homologation et de requérir l'inscription, sans que l'autre puisse s'y opposer. Il suffit que la volonté réciproque de faire l'adoption ait existé au moment où les parties se sont présentées, en personne ou par mandataires, devant le juge de paix. Il n'est pas nécessaire que cet accord se soit ensuite maintenu [1], sauf, bien entendu, aux juges à refuser l'homologation (arg. des mots : *la partie la plus diligente*, des art. 354 et 357 ; *l'une ou l'autre des parties*, de l'art. 359) [2].

66. Bien plus, le décès de l'une des parties n'empêcherait pas l'autre de poursuivre la procédure. Voici ce que dit à ce sujet l'article 360 : « *Si l'adoptant venait à mourir après que* » *l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption* » *a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux,* » *et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'ins-* » *truction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. —* » *Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption* » *inadmissible, remettre au procureur du Roi tous mémoires et* » *observations à ce sujet* ».

L'article 360 prévoit seulement le cas où l'adoptant est

[1] *Contra* Laurent, *loc. cit.* — Cpr. C. civ. italien, art. 217.

[2] Aubry et Rau, VI, § 559, texte et note 1 ; Demolombe, VI, n. 85 et 86. — Grenoble, 2 mars 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 218, S., 43. 2. 171. — Montpellier, 9 mai 1882, S., 84. 2. 158, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 27.

mort, après que l'acte d'adoption a été soumis aux tribunaux. Mais l'adopté n'aurait-il pas le droit de former la demande en homologation, si l'adoptant est décédé avant que le tribunal n'en ait été saisi? Le texte ne le lui interdit pas. Au cours des travaux préparatoires, on a dit en effet, pour expliquer la disposition de l'art. 360, que les démarches faites par l'adoptant doivent être considérées comme son vœu testamentaire et qu'il convient de donner satisfaction à ses volontés suprêmes, en permettant de continuer l'instruction. Or quelles sont ces démarches de l'adoptant auxquelles on a fait ainsi allusion? Ce ne peut être que le consentement donné devant le juge de paix. Car ce n'est pas lui nécessairement qui a remis au procureur de la République l'expédition de l'acte d'adoption. Les mots *et porté devant les tribunaux* ont été ajoutés après coup et sans qu'aucune explication nous soit parvenue de cette addition. Le législateur a simplement prévu le cas le plus ordinaire, mais il n'a pas voulu poser comme condition essentielle que l'acte fût déjà porté devant les tribunaux, au moment où l'adoptant décède. On a dit : une pareille condition se justifie aisément; car autrement, il serait à craindre que le consentement nécessaire à l'adoption ne fût arraché à l'adoptant à son lit de mort. Mais en raisonnant ainsi, on oublie que l'adopté a le droit, dès que l'acte est passé, de saisir le tribunal, sans avoir besoin du concours de l'adoptant; et que, d'autre part, la justice est chargée de vérifier si les conditions imposées par la loi sont remplies [1]. Les intérêts des héritiers sont suffisamment sauvegardés par la faculté que l'art. 360 leur reconnaît de remettre au procureur de la République leurs mémoires et observations (cf. *supra*, n. 39).

Que faut-il décider si c'est l'adopté qui est mort avant que l'homologation ait été obtenue? La plupart du temps, en pareil cas, personne n'aura d'intérêt à ce que l'adoption

[1] Delvincourt, I, p. 102, note 9; Valette sur Proud'hon, II, p. 207, note *a*, I; Duranton, Bonnier et Bonstain, I, n. 529; Demolombe, VI, n. 118; Aubry et Rau, VI, § 568, note 3; Huc, III, n. 134. — *Contra* Marcadé, II, n. 119; Duranton, III, n. 302, note 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 176, note 12; Demante, II, n. 95 bis, I; Laurent, IV, n. 213. — Cpr. C. civ. allemand, art. 1753; italien, art. 217.

devienne parfaite : ni l'adoptant, parce qu'il n'a aucun droit sur la succession de l'adopté, ni les descendants de l'adopté, parce qu'ils n'ont aucun droit sur la succession de l'adoptant (1). On s'explique ainsi tout naturellement que la loi, qui statue ordinairement *de eo quod plerumque fit*, n'ait pas prévu une question qui ne sera presque jamais soulevée, celle de savoir s'il peut y avoir lieu de continuer l'instruction pour faire acquérir au contrat sa perfection. Nous le répétons, en règle générale, personne n'y aura intérêt, et par suite personne ne le demandera. Mais si, exceptionnellement, cet intérêt apparaissait, on ne voit pas pourquoi les intéressés n'auraient pas le droit d'agir. On peut citer comme exemple le cas où l'adopté, ayant survécu à l'adoptant, serait mort lui-même avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la perfection de l'adoption. Ses héritiers ont intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite ; car alors l'adopté sera considéré comme ayant été l'héritier de l'adoptant, et leur aura transmis la succession de celui-ci confondue dans la sienne (2).

§ II. *Des formes de l'adoption testamentaire.*

67. L'art. 366 dispose que l'adoption sera conférée par un acte testamentaire. L'adoptant peut donc employer l'une quelconque des formes prescrites pour les testaments ; il peut se servir même de la forme olographe. Du reste, l'acte d'adoption n'aura du testament que la forme. Il n'est pas nécessaire qu'il contienne une disposition relative aux biens de l'adoptant (3).

La loi n'édicte aucune autre condition de forme. Nous en déduirons les conséquences suivantes :

(1) Les descendants de l'adopté ne représentent pas celui-ci dans la succession de l'adoptant (*infra*, n. 100).

(2) Marcadé, II, n. 120 ; Valette sur Proudhon, II, p. 213, note *a* ; Aubry et Rau, VI, § 559, texte et note 2 ; Huc, III, n. 135. — Cpr. Demolombe, VI, n. 119. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* — V. C. civ. allemand, art. 1753.

(3) Zachariæ, I, § 180, note 4 ; Demolombe, VI, n. 123, 124. — Cpr. Duranton, III, n. 305.

1° L'adoption vaudra, sans qu'il soit besoin de la faire homologuer par la justice [1].

2° Il n'est pas nécessaire de faire inscrire l'adoption sur les registres de l'état civil [2].

Il est assez difficile de justifier les différences qui existent à ce point de vue, entre l'adoption contractuelle et l'adoption testamentaire, surtout en ce qui concerne l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil. Mais, dans le silence de la loi, on ne peut subordonner la validité de l'adoption testamentaire à des conditions que le législateur n'a pas prescrites [3].

En résumé, l'adoption testamentaire n'est pas soumise aux conditions de forme prescrites pour l'adoption contractuelle. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Certains d'entre eux considèrent cependant qu'il serait prudent de remplir ces formalités, tout en reconnaissant, néanmoins, que l'omission de celles-ci n'entraînerait pas l'annulation de l'adoption. Mais, en raisonnant ainsi, ils oublient que l'accomplissement de ces formalités exige l'intervention des tribunaux et de l'officier de l'état civil, et que ceux-ci ne peuvent prêter leur concours en dehors des cas indiqués par la loi.

APPENDICE

68. Il nous reste maintenant à examiner une question dont nous avions réservé l'étude. Nous avons vu les conditions de fond auxquelles est subordonnée la validité de l'adoption. A quel moment ces conditions doivent-elles se trouver réunies ? Nous envisagerons successivement l'adoption contractuelle et l'adoption testamentaire.

[1] Proudhon, II, p. 209; Toullier, II, n. 1005; Zachariæ, I, § 180, p. 356; Aubry et Rau, VI, § 564, p. 143; Demolombe, VI, n. 126; Huc, III, n. 148. — Paris, 7 mai 1874 (motifs), D., 74. 2. 208, S., 75. 2. 5.

[2] Toullier, II, n. 1006; et les autres auteurs cités à la note précédente. — Paris, 7 mai 1874, *supra*.

[3] L'officier de l'état civil, requis par l'adopté de procéder à l'inscription, peut aussi se refuser à l'opérer. Mais l'adopté a le droit de provoquer la rectification de son acte de naissance, dans le but de faire ajouter à son nom celui de l'adoptant. — Paris, 7 mai 1874, *supra*.

§ I. *Adoption contractuelle.*

69. Si nous analysons cette sorte d'adoption, nous y trouvons deux choses entièrement distinctes : c'est d'abord un échange de consentements constaté par le juge de paix; c'est, en second lieu, un ensemble de formalités destinées à parfaire l'adoption. Cette dernière n'est parfaite et définitive que lorsque ces formalités sont accomplies. Mais, avant l'accomplissement de celles-ci, il y a néanmoins quelque chose. Dès le jour du contrat, chacune des deux parties a un droit acquis à poursuivre l'homologation, et à faire inscrire l'acte d'adoption sur les registres de l'état civil. La preuve en est dans l'art. 360, dont nous avons analysé les dispositions.

Ce point de départ étant admis, il y aurait peut-être lieu de distinguer deux sortes de conditions : les unes seraient requises au moment même où l'acte constatant l'accord des parties est dressé ; quant aux autres, il suffirait qu'elles fussent réunies au moment où l'adoption devient parfaite.

Cette distinction est généralement repoussée, et, le plus souvent, les auteurs se rallient à l'une des solutions absolues qui suivent :

I. D'après les uns [1], il faut et il suffit que les conditions légales soient remplies au jour où l'acte d'adoption est reçu par le juge de paix. Sinon, l'adoption serait frappée de nullité, alors même que, postérieurement, ces conditions se trouveraient réalisées. L'échange des consentements, disent-ils, constitue la base essentielle de l'adoption. Les autres formalités prescrites par la loi ont simplement pour but de compléter, confirmer ou rendre public cet accord de volontés. Il faut donc que toutes les conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'adoption se trouvent réunies au jour du contrat. S'il en était autrement, la justice devrait refuser l'homologation. Et si elle l'avait accordée, l'annulation de l'adoption pourrait être demandée.

[1] Duranton, III, n. 278; Toullier, II, n. 1004; Valette sur Proudhon, II, p. 213, note *a*; Aubry et Rau, VI, § 559, p. 132; Demolombe, VI, n. 111, 113 à 118; Huc, III, n. 130.

II. D'autres auteurs, partant d'un point de vue diamétralement opposé, décident qu'il suffit, à la rigueur, que les conditions prescrites par la loi existent au jour de l'arrêt admettant l'adoption [1]. L'adoption n'est pas encore formée lorsque l'accord des volontés intervient; elle n'est parfaite que lorsqu'elle est revêtue de l'homologation judiciaire. Aux termes de l'art. 355, les tribunaux doivent vérifier si la personne *qui se propose d'adopter* jouit d'une bonne réputation. *Qui se propose...*, dit le texte. Donc, jusqu'à l'homologation, il n'y a qu'un simple projet. Le même article ajoute que le tribunal vérifiera si toutes les conditions légales sont remplies. Or c'est au moment où il rend sa sentence qu'il doit se placer pour faire cette vérification.

Aucune de ces deux opinions ne nous paraît entièrement satisfaisante. Elles sont trop absolues, et les motifs sur lesquels elles se fondent ne nous semblent pas décisifs.

D'abord, il n'est pas exact que l'adoption existe dès le jour où l'accord des volontés est constaté par le juge de paix. Cet accord de volontés ne constitue pas le contrat d'adoption. L'adoption est un contrat solennel qui existe seulement lorsque toutes les formalités prescrites par la loi sont accomplies. L'acte d'adoption constate simplement la volonté de former l'adoption [2]. Ce n'est qu'un simple projet, comme le dit l'art. 355. Mais c'est un projet qui produit des effets importants et d'où résultent des droits pour les deux parties.

En sens inverse, l'argument que l'opinion opposée tire de l'art. 355 n'est pas absolument probant. Ce texte dit bien que le tribunal (et aussi la cour d'appel) vérifie si les conditions de l'adoption existent. Mais il ne dit pas à quel moment les tribunaux doivent se placer pour faire cette vérification.

En résumé, l'un et l'autre systèmes doivent être rejetés, et nous nous rallierons à un système intermédiaire. Pour résoudre la question dont nous nous occupons, il convient d'analyser chacune des conditions établies par la loi et de

[1] Laurent, IV, n. 213 — ou même, d'après Proudhon, II, p. 212, au jour où l'adoption est inscrite sur les registres de l'état civil.

[2] Pothier, 28 nov. 1859, S., 61, 2, 138.

tenir compte tant de leur nature propre que du but que le législateur a visé en les édictant.

On peut diviser ces conditions en deux catégories : les unes sont requises dans la personne même des deux parties; les autres supposent l'intervention de personnes étrangères.

70. I. Les conditions qui ne sont pas requises dans la personne des parties sont relatives au consentement du conjoint de l'adoptant (art. 344 et 345) et à celui qui doit être donné par les père et mère de l'adopté (art. 346).

Aux termes d'un arrêt de la cour de cassation [1], il faut et il suffit que le conjoint de l'adoptant ait donné son consentement avant que le tribunal de première instance se soit prononcé sur l'adoption [2]. Le tribunal doit refuser l'homologation, si l'on ne justifie pas de l'accomplissement de cette condition. Mais, bien que la cour suprême ne l'ait pas dit, il faut décider, par identité de motifs, que la cour d'appel pourra homologuer l'adoption, si le conjoint donne son consentement avant que l'arrêt ait été rendu.

Ce que la cour de cassation a décidé, en ce qui concerne le consentement du conjoint de l'adoptant, doit être appliqué, pour les mêmes raisons, au consentement des père et mère de l'adopté. Il y a là deux conditions auxquelles il suffit de satisfaire avant l'arrêt par lequel la cour d'appel admet l'adoption.

Cette solution n'est contraire ni au texte, ni à l'esprit de la loi. Les art. 344 et 345 disent simplement que l'adoption ne peut avoir lieu sans le consentement du conjoint de l'adoptant. Or l'adoption *n'a lieu* que lorsque l'homologation est obtenue. De même, l'art. 346 dispose que l'adopté est tenu de rapporter le consentement de ses père et mère ou de requérir leur conseil. *Est tenu de rapporter.....* A qui? Ce n'est pas au juge de paix, dont la mission consiste uniquement à enregistrer l'échange des consentements, et qui n'a aucune vérification à faire. C'est à la justice que les parties

(1) 1er mai 1861, D., 61. 1. 213, S., 61. 1. 513. — *Adde* Poitiers, 28 nov. 1859, *supra*.

(2) Marcadé, II, p. 98, note 1; Laurent, IV, n. 213. — *Contra* Demolombe, VI, n. 111. — Cpr. C. civ. italien, art. 213.

doivent fournir la preuve de l'accomplissement des conditions légales. — L'esprit de la loi est également en ce sens. Le but que le législateur a visé, en instituant les conditions dont nous parlons, sera pleinement atteint, pourvu que les consentements exigés par lui soient donnés avant l'arrêt qui rend l'adoption parfaite. On ne voit pas pourquoi on exigerait que ces conditions fussent remplies avant le jour où intervient l'accord de volontés devant le juge de paix. On ne peut appliquer à l'adoption les règles relatives au consentement de la famille en matière de mariage. Le juge de paix joue un rôle tout différent de celui qui est attribué à l'officier de l'état civil. Ce n'est pas lui qui prononce l'adoption. Cette mission appartient aux tribunaux.

71. II. Quant aux conditions requises dans la personne même des parties, on dit souvent qu'il faut et qu'il suffit qu'elles soient remplies au moment où l'acte d'adoption est reçu par le juge de paix [1]. Cette proposition ne nous paraît pas absolument exacte. Sans doute, nous croyons que ces diverses conditions doivent être réunies à ce moment; mais cela ne suffit pas toujours. C'est ce que nous allons démontrer en les passant en revue.

Il est bien certain qu'il faut se placer au moment même du contrat pour savoir si la volonté des parties n'est pas exempte de vices. Ce point ne peut soulever aucune contestation.

La capacité des parties contractantes donne lieu à certaines difficultés. Les parties doivent être capables au moment où leurs consentements sont échangés. Mais est-il nécessaire qu'elles demeurent ensuite capables, et jusqu'à quel moment leur capacité doit-elle subsister? La question est sérieusement controversée.

D'après certains auteurs, les parties doivent rester capables jusqu'à l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil. Car c'est alors seulement que l'adoption devient parfaite et définitive. L'arrêt de la cour d'appel dit simplement

[1] Marcadé, II, n. 118; Toullier, II, n. 1004; Valette sur Proudhon, II, p. 213, note a; Demolombe, *loc. cit.*

qu'il y a lieu à l'adoption, ce qui suppose que l'adoption n'est pas encore faite. Dans un autre système, on dit que la capacité des parties doit subsister jusqu'au jour où intervient l'arrêt qui homologue l'adoption, et il importe peu qu'elle disparaisse ensuite. La cour d'appel doit, en effet, vérifier l'existence des conditions légales ; il faut donc que ces conditions existent au moment où elle statue. C'est la décision de la justice qui forme l'adoption et la rend parfaite. Quant à l'inscription sur les registres de l'état civil, c'est une simple formalité de publicité, qui sert à porter l'adoption à la connaissance des tiers.

Ces deux opinions se heurtent à une objection commune, tirée de l'art. 360 : l'adoptant (et même, d'après nous, l'adopté) peut mourir avant l'arrêt d'homologation. Et cependant, la procédure pourra être engagée, ou tout au moins continuée, bien que la personnalité de l'une des deux parties ait cessé d'exister. *A fortiori* en doit-il être de même, si l'une des deux parties, capable au jour du contrat, est ensuite frappée d'incapacité.

Dans une troisième opinion, on distingue entre la capacité de droit et la capacité de fait. La première, requise au jour du contrat, devrait, en outre, subsister jusqu'au jour de l'arrêt (1), suivant les uns, jusqu'au jour de l'inscription, suivant les autres. Quant à la capacité de fait, il suffirait qu'elle existât au moment où l'acte d'adoption est dressé (2).

A notre avis, il faut et il suffit que les parties soient capables au jour du contrat. Il y a là une de ces conditions qui, à raison de leur nature, sont requises au moment où a lieu l'échange des consentements et qui peuvent cesser d'exister ensuite, sans que la validité de l'adoption en soit affectée. Dès que le contrat est conclu devant le juge de paix, les parties ont un droit acquis à poursuivre l'homologation de l'adoption (3). Les événements qui se produisent postérieure-

(1) Jusqu'au jour de la remise des pièces au Procureur de la République, d'après Marcadé, II, n. 119 (arg. art. 360).

(2) Demante, II, n. 95 *bis*, I, II et III ; Marcadé, *loc. cit.*

(3) Toullier, II, n. 1004 ; Duranton, III, n. 278 ; Aubry et Rau, VI, § 559, p. 131 et 132 ; Demolombe, VI, n. 118 ; Laurent, IV, n. 213.

ment ne peuvent porter atteinte à ce droit. Il ne faut pas que les parties soient victimes des lenteurs de la procédure (arg. art. 360).

Aux termes de l'art. 343, l'adoption est permise seulement aux personnes âgées de plus de 50 ans. L'adoptant doit avoir l'âge requis au moment où il se présente devant le juge de paix pour faire dresser l'acte d'adoption [1]. Cette solution résulte du texte même de la loi. La loi veut que l'adoptant ait 50 ans révolus au moment où le projet d'adoption est formé. Or le projet est légalement formé par l'échange des consentements qui a lieu devant le juge de paix. Et cela est rationnel. L'adoption est offerte comme une consolation à ceux qui sont parvenus à l'âge auquel on ne peut plus guère songer à se créer, par le mariage, une postérité légitime. Permettre de conclure le contrat avant cet âge, ce serait autoriser l'adoptant à contracter des engagements dont il pourrait ensuite se repentir. Où serait en effet la limite? Il faudrait décider que l'acte est valablement passé dès que l'adoptant a atteint l'âge de 36 ans révolus [2].

L'adoptant, nous dit l'art. 343, ne doit avoir ni enfants, ni descendants légitimes à *l'époque de l'adoption*. Que faut-il entendre par là? Des motifs sur lesquels est fondée cette prescription de l'art. 343, il résulte que l'adoptant ne doit avoir ni enfants, ni descendants légitimes au jour du contrat. Car autrement, il émettrait une volonté contraire à la loi, et le projet d'adoption devrait être tenu pour nul et non avenu. On pourrait dire, il est vrai, que la volonté de l'adoptant doit être considérée comme conditionnelle et que dans l'acte d'adoption il convient de sous-entendre la condition que les enfants ou descendants légitimes mourront avant la prononciation de l'arrêt. Mais une pareille interprétation nous paraît inadmissible. La loi proscrit les modalités en matière d'adoption. L'art. 353 dit que les parties doivent donner leur consentement. Ce consentement doit être pur et simple. Il ne peut être subordonné à l'événement d'une condition. Dès

(1) Duranton, III, n. 270.

(2) Il faut, en effet, que l'adopté soit majeur, et que l'adoptant ait quinze ans de plus que lui.

lors, l'homologation devrait être refusée, alors même que les descendants de l'adoptant auraient disparu depuis la rédaction de l'acte. Et si l'homologation a été obtenue, l'annulation de l'adoption pourrait être demandée. Car la base essentielle de l'adoption ferait défaut (1).

Mais il ne suffit pas que l'adoptant soit sans enfants ni descendants légitimes au temps du contrat. Il faut encore qu'il n'en survienne pas postérieurement jusqu'à la décision de la cour d'appel. Et l'adoption, même homologuée par la justice, serait nulle, si, au moment où est intervenu l'arrêt d'homologation, il existait des descendants légitimes de l'adoptant nés ou simplement conçus. L'esprit de la loi paraît favorable à cette solution et il en est de même de son texte. Aux termes de l'art. 343, l'adoption n'est permise qu'aux personnes qui n'ont pas d'enfants ou de descendants légitimes, à l'époque de l'adoption. Or il n'y a d'adoption, l'adoption n'est parfaite *hoc sensu* qu'au jour où l'arrêt est rendu. Jusque-là, il n'y a qu'un projet (2).

72. Observation. — Nous avons dit que l'adoption est parfaite dès que l'arrêt portant homologation a été prononcé, et avant que l'inscription ait été faite sur les registres de l'état civil. Cette formule demande à être expliquée. Elle n'est pas exacte, si on veut la prendre dans un sens absolu. Il est certain, en effet, que l'adoption n'est rendue définitive que par l'inscription sur les registres de l'état civil, car, jusque-là, les parties sont libres d'y renoncer. Mais au point de vue auquel nous nous sommes spécialement placés, notre formule exprime la vérité juridique. Les conditions auxquelles la loi a subordonné la validité de l'adoption doivent être réunies au plus tard au jour où la justice est appelée à se prononcer ; il n'est pas nécessaire qu'elles soient encore réunies après cette époque. La loi dit, en effet, que la cour, après le tribunal, doit vérifier si ces conditions existent. Les tribunaux ne peu-

(1) Toullier, II, n. 1004; Duranton, III, n. 278; Valette sur Proudhon, II, p. 213, note *a;* Demolombe, VI, n. 15.

(2) *Contra* Valette, Toullier, Duranton, Demolombe, *loc. cit.* — Cpr. Proudhon, II, p. 213. Cet auteur veut que l'adoptant n'ait pas d'enfants ou descendants légitimes au jour où a lieu l'inscription sur les registres de l'état civil.

vent, cela est clair, envisager l'avenir. C'est sur le passé seulement que peuvent se porter leurs investigations. En somme, la loi semble considérer l'inscription surtout comme une formalité de publicité. Formalité essentielle sans doute, et en l'absence de laquelle l'adoption est dépourvue d'effets, mais qui suppose précisément que l'adoption est déjà parfaite.

73. En résumé, la plupart des conditions requises par la loi doivent se trouver réunies au jour où l'acte d'adoption est dressé par le juge de paix. On a demandé si celui-ci peut exiger la preuve de l'existence de ces conditions, et refuser son concours, si cette justification ne lui est pas fournie. Si l'on répondait affirmativement, la conséquence logique en serait que toute personne intéressée devrait être admise à former opposition devant le juge de paix à la réception du contrat. Cette solution doit être rejetée sans hésitation [1]. La loi définit, en termes suffisamment précis, la mission qu'elle a entendu conférer au juge de paix. Les parties, nous dit l'art. 353, se présentent devant lui, pour passer acte de leurs consentements respectifs. Le juge de paix est donc simplement chargé de constater l'accord de volontés qui se produit devant lui. Il ne lui appartient pas de vérifier l'accomplissement des conditions légales. Ce rôle appartient à la justice. Cette solution s'impose nécessairement. Si l'on admettait, en effet, la théorie que nous combattons, quelle serait la procédure à suivre pour vaincre la résistance du juge de paix? Il faudrait assigner celui-ci devant le tribunal! Et l'on aurait ainsi, avant que l'adoption ait lieu, un procès ordinaire, des débats publics, alors que la loi a voulu organiser, pour l'adoption, une procédure exceptionnelle et discrète!

Le seul droit que l'on puisse reconnaître au juge de paix, c'est celui qui appartient naturellement à tout officier public chargé de donner l'authenticité à un acte. Il peut, et même il doit refuser son concours, si l'une des parties qui se présentent devant lui paraît dans l'impossibilité d'émettre une volonté raisonnable, par exemple, parce qu'elle est en état d'ivresse ou de démence. Mais il ne faut pas aller plus loin.

[1] Demolombe, VI, n. 112.

§ II. *Adoption testamentaire.*

74. Les conditions auxquelles est subordonnée la validité de cette espèce d'adoption doivent-elles être toutes remplies au jour où est rédigé l'acte testamentaire? Ou suffit-il qu'elles existent au jour du décès de l'adoptant ou de l'acceptation de l'adopté? Nous serons très brefs sur ce point, car, le plus souvent, nous n'aurons qu'à nous en référer aux solutions précédemment indiquées.

Il va de soi que l'acte testamentaire conférant l'adoption n'aurait aucune valeur, s'il était fait avant la délation de la tutelle officieuse à l'adoptant. Bien plus, nous avons admis que cet acte serait nul, si le tuteur officieux l'avait fait avant l'expiration de la période de cinq ans déterminée par l'art. 366 (*supra,* n. 41).

Il est certain également que le testateur doit être capable au jour de la confection de l'acte. Mais cela ne suffit pas toujours. Il convient en effet d'appliquer les règles relatives à la capacité en matière de testament, car il s'agit ici d'un acte testamentaire. En conséquence, la *capacité de droit* est requise jusqu'au jour du décès. Quant à la *capacité de fait,* elle est requise uniquement au jour où l'acte est rédigé [1].

Enfin, nous avons montré (*supra,* n. 43) que l'acte est valable, alors même que le tuteur officieux aurait, à l'époque de sa confection, des enfants ou descendants légitimes, pourvu que ces derniers soient tous morts avant lui.

SECTION III

DE L'ANNULATION ET DE LA RÉVOCATION DE L'ADOPTION

§ I. *De la révocation de l'adoption.*

Nous nous occuperons successivement de l'adoption testamentaire et de l'adoption contractuelle.

[1] Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. entre vifs et des testam.,* II, n. 620.

N° 1. Adoption testamentaire.

75. Tant que l'adoption n'est point parfaite par le décès de l'adoptant et l'acceptation de l'adopté, il est clair que le tuteur officieux peut révoquer l'acte qui la confère. Car, jusqu'à sa mort, cet acte ne constitue qu'un simple projet sur lequel il est toujours libre de revenir (1).

Après le décès du tuteur officieux, l'acceptation du pupille rend l'adoption parfaite et irrévocable. L'adopté ne peut pas retracter son acceptation. Son état est désormais fixé et ne dépend plus de sa volonté. Mais il n'en est ainsi que lorsque l'acceptation émane de l'adopté lui-même. S'il était mineur à l'époque où l'adoptant est décédé, l'acceptation qui aurait été faite, en son nom, par ses représentants légaux, pourrait être révoquée par lui après sa majorité (*supra*, n. 44).

N° 2. Adoption entre vifs.

76. Nous avons vu (*supra*, n. 65) que les parties peuvent, jusqu'à ce que l'acte d'adoption ait été inscrit sur les registres de l'état civil, rendre l'adoption caduque en s'abstenant d'accomplir les formalités légales. Mais, une fois l'adoption inscrite sur les registres de l'état civil, elle ne peut plus être révoquée par le mutuel dissentiment. L'adoption ne constitue pas, en effet, un contrat ordinaire ; c'est un acte relatif à l'état civil. Or la volonté des particuliers n'a d'effet sur leur état que dans la mesure strictement déterminée par le législateur. La loi a bien dit que les parties peuvent former l'adoption par un accord de volontés, soumis d'ailleurs à l'homologation de la justice. Mais elle ne leur a pas conféré la faculté de dissoudre l'adoption régulièrement contractée. D'ailleurs, si l'adoption pouvait être révoquée par le mutuel dissentiment des parties, cette révocation serait soumise aux mêmes conditions de forme que la formation du contrat. Les tribunaux devraient donc intervenir pour l'homologuer. Or, aucun texte ne leur attribue une pareille mission (2).

(1) Duranton, III, n. 304 ; Valette sur Proudhon, II, p. 130, note *a* ; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 180, texte et note 9 ; Demolombe, VI, n. 125.

(2) Duranton, III, n. 306 ; Marcadé, II, n. 121 ; Duvergier sur Toullier, II, n. 1018,

Dans le silence de la loi, il faut également décider que l'adoption ne peut pas être révoquée pour cause d'ingratitude de l'adopté envers l'adoptant. L'adoption ne peut être assimilée à une donation. C'est la loi, et non la volonté de l'adoptant, qui attribue à l'adopté la succession de l'adoptant [1].

Il ne peut pas non plus être question de la révocation de l'adoption pour cause d'inexécution des charges. L'adoption ne peut être, en effet, subordonnée à aucune condition; elle est nécessairement pure et simple.

Enfin il est certain que la survenance d'enfants légitimes à l'adoptant n'entraîne pas la révocation de l'adoption (*supra*, n. 17).

§ II. *De l'annulation de l'adoption.*

N° 1. Adoption testamentaire.

77. Il nous suffira de formuler les trois propositions suivantes, qui paraissent incontestables :

1° L'inobservation des conditions auxquelles l'adoption testamentaire est soumise, au point de vue de sa forme, entraîne les mêmes conséquences que la violation des règles relatives à la forme des testaments.

2° De même, les règles applicables en matière de testament doivent être suivies en ce qui concerne la capacité requise de la part de l'adoptant et les vices qui affectent le consentement de celui-ci [2].

3° Au cas où les conditions particulières exigées par la loi,

note *a*; Demolombe, VI, n. 128; Aubry et Rau, VI, § 559, texte et note 7; Huc, III, n. 133. — Cpr. Caen, 15 mai 1867, S., 68. 2. 17, D., 73. 1. 158. — Cass., 14 juin 1869, S., 69. 1. 371, D., 73. 1. 158. — *Contra* Toullier, II, n. 1018. — Certaines législations étrangères admettent que l'adoption peut être révoquée dans certains cas et sous certaines conditions. V. sur ce point C. civ. espagnol, art. 180; Zurich, art. 729; allemand, art. 1768 à 1772.

[1] Duranton, III, n. 328; Marcadé, *loc. cit.*; Zachariæ, I, § 178; Aubry et Rau, VI, § 559, texte et note 8; Demolombe, VI, n. 127. — Grenoble (motifs), 2 mars 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 218, S., 43. 2. 171. — Bien entendu, l'adopté pourrait être, comme tout héritier, exclu, pour cause d'indignité, de la succession de l'adoptant. Mais il n'y aurait pas là une révocation de l'adoption. Celle-ci produirait toujours ses autres effets. Marcadé, *loc. cit.*, et Aubry et Rau, VI, § 559, note 8.

[2] Cpr. Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 586 s.

soit dans la personne de l'adoptant, soit dans celle de l'adopté, font défaut, il faut, semble-t-il, donner les mêmes solutions qu'en ce qui concerne l'adoption entre vifs. On ne voit pas en effet quels seraient les motifs de distinguer entre les deux espèces d'adoption. Nous renvoyons donc aux explications qui suivent.

N° 2. Adoption contractuelle.

78. On a soutenu, à diverses reprises, devant les tribunaux, que l'adoption régulièrement formée ne peut pas être attaquée par une action tendant à en faire prononcer la nullité (1). On a surtout invoqué l'autorité de la chose jugée, que l'on a prétendu être attachée à l'arrêt de la cour d'appel admettant l'adoption et attestant, par cela même, l'accomplissement des conditions légales. Mais cette manière de voir ne saurait être admise. Les décisions de justice qui homologuent l'adoption sont des actes de juridiction volontaire, qui ne jugent rien et ne sont point revêtus de l'autorité de la chose jugée. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit (*supra*, n. 61), lorsque l'on critique l'adoption, ce n'est pas à l'arrêt portant homologation que l'on s'attaque; c'est au contrat d'adoption, dont l'homologation judiciaire constitue simplement une des conditions de forme (2).

79. La loi ayant, sur ce point, gardé le silence, c'est aux règles du droit commun que nous devons nous référer. Parmi les conditions requises pour l'adoption, il en est dont l'absence entraîne l'inexistence même du contrat, et d'autres qui doivent simplement être observées à peine de nullité.

80. L'adoption est inexistante, lorsque l'une des conditions

(1) V. sur ce point les conclusions de M. le Procureur général Dupin, sous Cass., 28 avril 1841, *J. G.*, v° *cit.*, n. 116, S., 41. 1. 274 et Duvergier, *Rev. de dr. fr. et étranger*, 1846, p. 26.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 177, note 1; Demante, II, n. 80 *bis*, V, et n. 96; Demolombe, VI, n. 186; Laurent, IV, n. 227. — Jurisprudence constante. V. notamment Colmar, 28 juil. 1821, *J. G.*, v° *cit.*, n. 112, p. 294, S., 21. 2. 288. — Cass., 28 avril 1841, *supra*. — Poitiers, 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138. — Caen, 25 mai 1867, D., 75. 1. 158, S., 68. 2. 17. — Cass., 13 mai 1868, D., 68. 1. 249, S., 68. 1. 338. — Grenoble, 30 juin 1870, D., 72. 5. 16, S., 70. 2. 216. — Trib. de Villefranche, 2 déc. 1880, D., 81. 3. 23. — Cass., 10 fév. 1892, S., 92. 1. 140. — Cpr. Code allemand, art. 1755 et 1756; Code de procédure russe, art. 1460-12° (*Ann. de la Soc. de Lég. comp.*, 1891, p. 530).

requises pour sa formation même fait défaut. L'adoption est un contrat solennel. Elle suppose donc essentiellement un accord de volontés entre les deux parties. Si, au moment où l'acte est reçu par le juge de paix, l'une ou l'autre des parties est dans l'impossibilité d'émettre une volonté raisonnable, le contrat n'a pas d'existence légale [1]. L'échange des consentements ne suffit pas pour former l'adoption; il faut encore qu'il ait été reçu par un officier public compétent *ratione materiæ* (juge de paix, officier du commissariat ou fonctionnaire de l'intendance), que l'adoption ait été admise par la justice, et enfin que l'acte d'adoption ait été inscrit, dans le délai légal, sur les registres de l'état civil. Si ces formalités ne sont pas remplies, l'adoption est inexistante [2].

Toute personne intéressée peut se prévaloir de l'inexistence, tant en demandant qu'en défendant, et cette faculté n'est pas susceptible de se perdre par la prescription. Un acte juridique qui ne s'est pas formé ne peut pas prendre vie par le seul effet du temps. L'état des personnes ne s'acquiert point par la prescription [3].

81. Quelles sont les causes qui entraînent simplement la nullité de l'adoption? Pour résoudre cette question, nous envisagerons successivement les conditions qui concernent la forme, et celles qui sont relatives au fond.

82. Conditions de forme. — L'adoption satisfaisant aux conditions essentielles déterminées *supra*, n. 80, il se peut que les prescriptions légales n'aient pas été exactement obéies. Il faut bien que celles-ci ne soient pas dépourvues de sanction. L'adoption doit donc être déclarée nulle, sur la demande des parties intéressées : si l'acte d'adoption a été dressé par un juge de paix autre que celui du domicile de l'adoptant; si la demande à fin d'homologation a été portée devant des tribunaux incompétents *ratione personæ;* ou bien

(1) Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 1; Laurent, IV, n. 224; Huc, III, n. 136. — Cpr. Demolombe, VI, n. 183, 184. Ce que Demolombe appelle *nullité*, c'est ce que l'on appelle généralement *l'inexistence*.

(2) Aubry et Rau, VI, § 558, texte et notes 2 et 3; Laurent, IV, n. 225; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Demolombe, VI, n. 184.

(3) Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 4; Demolombe, Huc, *loc. cit.*

encore si la transcription de l'acte d'adoption a été faite dans un lieu autre que celui où l'adoptant a son domicile [1].

83. Conditions de fond. — Il en est une qui ne donne lieu à aucune difficulté. On admet à peu près unanimement que l'annulation de l'adoption ne peut pas être demandée pour ce motif, que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation au jour où les tribunaux ont admis l'adoption. La condition dont il s'agit est nettement distinguée par la loi des autres conditions exigées par elle. Elle est en effet mentionnée à part dans la section 2 du chapitre I. Aux termes de l'art. 355, le tribunal doit d'abord vérifier l'existence des conditions légales. Puis, il doit vérifier si l'adoptant jouit d'une bonne réputation. La loi semble donc avoir voulu conférer, sur ce dernier point, aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation [2].

Les autres conditions ont donné lieu à des controverses. Deux systèmes généraux ont été proposés.

La majorité des auteurs préconisent une solution radicale : l'inaccomplissement de ces conditions a toujours pour conséquence la nullité de l'adoption [3].

Dans une autre opinion, on distingue entre les diverses conditions. Il en est qui sont substantielles et qui sont imposées à peine de nullité. D'autres, au contraire, ont un caractère secondaire; sans doute, si elles ne sont pas remplies, les tribunaux doivent refuser l'homologation ; mais, si celle-ci a été accordée, l'annulation de l'adoption ne pourra être demandée. On applique ici, en quelque sorte, la distinction

[1] Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 7; Demolombe, VI, n. 108; Laurent, IV, n. 231; Hue, III, n. 138. — Montpellier, 19 avril 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 163, S., 42. 2. 345. — Poitiers, 28 nov. 1859 (motifs), S., 61. 2. 138. — Cass., 1er mai 1861 (motifs), D., 61. 1. 213, S., 61. 1. 513. — Cass., 15 juin 1874, S., 75. 1. 63, D., 74. 1. 478. — Cpr. Paris, 26 avril 1830, S., 30. 2. 217.

[2] Demante, II, n. 80 *bis*, V; Demolombe, VI, n. 198; Laurent, IV, n. 229; Hue, loc. cit.; Massigli, *Rev. crit.*, 1887, p. 287. — V. cep. Duranton, III, n. 285. — Trib. de Villefranche, 2 déc. 1880, D., 81. 3. 29.

[3] Duranton, III, n. 329; Marcade, II, n. 121; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 6; Laurent, IV, n. 229; Hue, III, n. 138. — Trib. de Villefranche, 2 déc. 1880, *supra*.

des empêchements dirimants et des empêchements prohibitifs admise en matière de mariage (1).

De ces deux théories, c'est la première qui nous paraît préférable. Les prescriptions légales doivent avoir une sanction, et cette sanction consiste dans l'annulation de l'adoption. Or la loi ne fait aucune distinction entre les conditions qu'elle édicte, et les met toutes sur la même ligne. Elle dit, dans l'art. 355, que les tribunaux vérifieront si *toutes* les conditions sont remplies. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'adoption est nulle. Là où la loi ne distingue pas, nous ne pouvons pas distinguer.

Ainsi l'annulation de l'adoption ordinaire pourra être demandée, si l'adoptant n'a pas fourni ses soins à l'adopté pendant le temps déterminé par la loi (2) ; il en sera de même de l'adoption rémunératoire contractée sur le fondement d'un sauvetage simulé (3). Il faut en dire autant au cas où l'adoption est entachée de fraude ou de violence (4), comme à celui où l'adoptant n'a pas obtenu le consentement de son conjoint (5).

Si l'adopté, n'ayant pas encore atteint l'âge fixé par l'art. 346, n'a pas obtenu le consentement de ses père et mère, l'adoption sera également annulable (6). Nous appliquerons notre principe même à l'hypothèse où l'adopté, ayant dépassé cet âge, n'a pas sollicité le conseil de ses père et mère. On dit, en sens contraire (7), que la loi n'a pas pu se montrer plus sévère en matière d'adoption qu'en matière de mariage.

(1) Demante, II, n. 80 *bis*, V ; Demolombe, VI, n. 194 s. — Cpr. Poitiers (motifs), 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138, D., 61. 1. 213. — Grenoble, 30 juin 1870, D., 72. 5. 16. — Agen, 1er juin 1885, S., 86. 2. 63.

(2) Grenoble, 22 mars 1843 (sol. impl.), *J. G.*, v° *cit.*, n. 227, S., 43. 2. 505. — Trib. de Villefranche, 2 déc. 1880, *supra*. — Cpr. Grenoble, 30 juin 1870, D., 72. 5. 16, S., 70. 2. 216.

(3) Caen, 15 mai 1867 (motifs), D., 73. 1. 158, S., 68. 2. 17. — Cass., 14 juin 1869, D., 73. 1. 158, S., 69. 1. 371.

(4) Grenoble (motifs), 30 juin 1870, *supra*.

(5) Poitiers, 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138. — Cass., 1er mai 1861, D., 61. 1. 213, S., 61. 1. 513.

(6) Aubry et Rau, VI, § 558, note 6 ; Laurent, IV, n. 229. — *Contra*, Demante, II, n. 80 *bis*, V.

(7) Demante, *loc. cit.* ; Demolombe, VI, n. 196.

Or il est certain que le défaut d'acte respectueux n'entraîne pas l'annulation du mariage. Nous répondrons, avec la majorité des auteurs, que, l'adoption reposant sur une fiction, le législateur a pu attacher une sanction plus énergique à l'observation de ses prescriptions et qu'il a pu considérer celles-ci comme étant toutes également essentielles.

84. Telles sont les causes qui sont susceptibles d'entraîner la nullité de l'adoption. Quel est le caractère de cette nullité? On admet généralement [1] que la nullité est, suivant les cas, absolue ou relative. Mais, si les auteurs sont à peu près d'accord sur ce point, il s'élève entre eux de sérieuses dissidences, lorsqu'il s'agit de déterminer le départ entre les deux sortes de nullité.

La nullité fondée sur les vices du consentement doit être considérée comme simplement relative. C'est l'application du droit commun [2].

Il en est autrement du cas où l'adoption est nulle pour défaut de consentement des père et mère de l'adopté [3]. En sens inverse, on argumente des art. 182 et 1125 C. civ. [4]. Mais l'art. 1125 suppose un contrat conclu par un incapable; or il ne s'agit pas ici d'une question de capacité. Quant à l'art. 182, la règle qu'il édicte est exceptionnelle et elle ne saurait être étendue. D'après le droit commun, qui est applicable en notre matière, puisque la loi n'y a pas dérogé, la nullité fondée sur l'inobservation de la loi peut être invoquée par tout intéressé, à moins qu'elle n'ait été établie dans l'intérêt privé d'une personne déterminée, auquel cas celle-ci est seule admise à s'en prévaloir. Or la loi n'a pas dit que la nullité résultant du défaut de consentement des père et mère est simplement relative. Il faut donc y voir une nullité absolue.

Nous reconnaîtrons le même caractère à la nullité résultant de ce que l'adopté n'a pas sollicité le conseil de ses père et mère [5].

[1] V. sup. Marcadé, II, n. 121.

[2] Demante, *loc. cit.*; Aubry et Rau, VI, § 558, p. 128; Demolombe, VI, n. 201 et 202; Huc, III, n. 140.

[3] Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 12; Laurent, IV, n. 233.

[4] Demolombe, VI, n. 204; Huc, *loc. cit.*

[5] *Contra* Huc, *loc. cit.*

L'adoption sera également entachée de nullité absolue, si le conjoint de l'adoptant n'y a pas consenti [1]. On peut, il est vrai, objecter contre cette solution que c'est surtout dans l'intérêt du conjoint que son consentement est exigé par la loi. Mais on peut dire aussi que cette condition est fondée sur des motifs d'ordre public, tirés de la nécessité de sauvegarder la paix du ménage et la dignité du mariage.

Quant aux autres conditions de fond ou de forme, elles ont incontestablement le caractère de règles d'ordre public, et leur inobservation a pour conséquence la nullité absolue de l'adoption [2].

85. Quelles sont les personnes qui peuvent intenter l'action tendant à faire prononcer l'annulation de l'adoption?

S'il s'agit d'une nullité relative, l'action ne peut être exercée que par la personne en faveur de laquelle la nullité est établie ou par ses représentants [3].

Si l'adoption est entachée de nullité absolue, celle-ci peut être invoquée par toute personne intéressée, car il s'agit de faire respecter une règle d'ordre public [4].

Ainsi l'action peut être exercée par l'adoptant et par l'adopté. On ne peut leur opposer le consentement qu'ils ont donné à l'adoption. Leur volonté ne peut modifier leur état, dès lors que les conditions légales n'ont pas été observées. Il n'est pas nécessaire du reste qu'ils justifient d'un intérêt pécuniaire né et actuel : l'intérêt moral qu'ils ont à faire annuler l'adoption suffit.

La nullité peut, en outre, être invoquée par tous ceux qui y ont un intérêt pécuniaire né et actuel. C'est l'application du droit commun [5]. Le plus souvent, l'annulation sera demandée par les héritiers de l'adoptant.

[1] Demante, Laurent, *loc. cit.;* Aubry et Rau, VI, § 558, p. 128 ; Demolombe, VI, n. 207. — *Contra* Huc, *loc. cit.* — Poitiers, 28 nov. 1859, S., 61. 2. 138, D., 61. 1. 213.

[2] Demante, Laurent, *loc. cit.* — Aubry et Rau, *loc. cit.*, et § 561, p. 142. — Huc, III, n. 138; Demolombe, VI, n. 208 et 209.

[3] Aubry et Rau, VI, § 558, p. 128; Demolombe, VI, n. 202 (Cpr. n. 204 .

[4] Duranton, III, n. 329; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et notes 8 s., et § 561, p. 142; Demolombe, VI, n. 210; Laurent, IV, n. 234; Huc, III, n. 139.

[5] Duranton, Demolombe, Huc, *loc. cit.;* Aubry et Rau, VI, § 558, p. 128. — Jurisprudence constante.

Un intérêt purement moral peut-il servir de base à une demande de ce genre? Par exemple, les parents de l'adoptant pourraient-ils, en dehors de tout intérêt pécuniaire, soit du vivant de l'adoptant, soit après la mort de celui-ci, attaquer l'adoption, dans le but d'empêcher l'adopté de joindre à son nom celui de l'adoptant? La négative est très généralement admise. On fait valoir, en ce sens, les considérations suivantes. En principe, dit-on, une action en justice ne peut être introduite que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire né et actuel. La loi a fait l'application de cette règle en matière de nullités absolues de mariage. Sans doute, on peut admettre qu'un intérêt purement moral est suffisant lorsqu'il s'agit de lutter contre celui qui a usurpé un nom de famille. Mais tel n'est pas le cas. L'adopté a un titre qui lui donne le droit de prendre le nom de l'adoptant. C'est sur la validité du titre que porte la contestation. Il convient donc d'appliquer les principes qui gouvernent les actions en nullité et non ceux qui s'appliquent aux usurpations de noms de famille (1).

86. L'action en nullité est-elle susceptible de s'éteindre par la prescription? Dans le silence de la loi, nous devons recourir aux principes généraux. Nous pensons qu'il y a lieu, en conséquence, de distinguer entre les nullités relatives et les nullités absolues.

I. La nullité relative est établie dans le but de protéger certains intérêts privés et ne peut être invoquée que par ceux dont le législateur a voulu assurer la défense. Il est dès lors rationnel de décider que ces personnes ont le droit de renoncer à l'action en nullité, organisée dans leur intérêt exclusif. Par voie de conséquence, on doit admettre que cette action est susceptible de s'éteindre par la prescription. Cette solution est admise généralement par les auteurs (2). Elle a cependant suscité certains doutes. Il s'agit en effet de l'état des parties. Or cet état ne peut pas s'acquérir par la prescrip-

(1) Grenoble, 22 mars 1843, *J. G.*, *v° cit.*, n. 227, S., 43. 2. 505. — Aubry et Rau, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 211.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 176, note 1; Aubry et Rau, VI, § 558, p. 123 et 124; Demolombe, VI, n. 203; Laurent, IV, n. 235. — V. cependant Marcadé, II, n. 121, et Poitiers, 28 nov. 1859 (motifs), S., 61. 2. 138.

tion. Et n'est-ce pas contredire ce principe que d'admettre l'extinction, au bout d'un certain temps, de l'action qui tend à faire annuler l'adoption? On peut répondre à ces objections que, dans les hypothèses dont nous nous occupons, l'ordre public n'est pas directement en jeu, et que le droit d'attaquer l'adoption constitue un droit purement privé. Pourquoi ce droit serait-il à l'abri de la prescription? L'adoption existant provisoirement tant qu'elle n'a pas été annulée par la justice, l'intérêt général n'exige-t-il pas, au contraire, que la personne à laquelle l'action appartient soit obligée de se prononcer dans un certain délai? C'est ce que la loi a admis en matière de nullités de mariage.

L'action en nullité de l'adoption n'est donc pas à l'abri de la prescription. Maintenant quel sera le délai de la prescription? Nous pensons que celle-ci s'accomplira par trente ans, conformément au droit commun [1], et non point par dix ans. L'art. 1304, qui établit la prescription de dix ans, est un texte exceptionnel, dont la disposition ne doit pas être étendue. Il parle bien de l'action en nullité des conventions, et l'adoption est une convention. Mais les seules conventions visées par lui sont celles qui sont relatives au patrimoine. Cela résulte de la place que l'art. 1304 occupe au titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Dans ce titre, la loi s'occupe seulement des conventions qui ont directement pour objet des droits pécuniaires. L'art. 1304 est donc inapplicable à l'action en nullité de l'adoption, et celle-ci reste soumise à la règle générale édictée par l'art. 2262.

II. S'il s'agit d'une nullité absolue, certains auteurs enseignent que l'action sera également susceptible de s'éteindre par la prescription de trente ans. En effet, disent-ils, l'art. 2262 contient une disposition absolument générale « *Toutes les actions...* sont prescrites par trente ans ». Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction, peu rationnelle d'ailleurs, entre les nullités relatives et les nullités absolues, au point de vue de la prescription. Par des considérations du même genre,

[1] Aubry et Rau, VI, § 558, texte et note 18; Laurent, IV, n. 235. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ et Demolombe, *loc. cit.*; Huc, III, n. 143.

les mêmes auteurs sont également conduits à décider que les personnes intéressées à se prévaloir de la nullité peuvent renoncer à l'invoquer. C'est là un droit dont elles peuvent librement disposer [1].

Cette solution nous paraît contraire aux principes. La nullité, dans le cas dont il s'agit, est édictée dans l'intérêt de l'ordre public. L'action en nullité n'est pas l'apanage exclusif de certains individus. Elle appartient à tous ceux qui y ont intérêt. C'est un droit permanent de sa nature et qui a sa source, non dans la conclusion de l'acte juridique entaché de nullité, mais dans l'existence même de celui-ci. Un pareil droit ne peut donc pas être atteint par la prescription. Il a la même durée que la loi dont il constitue la sanction, et de même qu'il échappe à la prescription, de même il ne peut faire l'objet de conventions privées. On ne peut renoncer à réclamer l'application de la loi [2].

La prescription peut cependant jouer un certain rôle en cette matière. L'action en nullité ne peut être exercée que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire ou moral. L'existence d'un intérêt est la condition nécessaire pour être admis à agir. Si l'intérêt qui sert de base à l'action du demandeur est un intérêt pécuniaire, et qu'il vienne à disparaître par l'effet de la prescription, le demandeur n'a plus dès lors qualité pour réclamer l'application de la loi, parce qu'il n'y a plus d'intérêt. De même, l'action s'éteint en ma personne, lorsque j'ai renoncé aux droits pécuniaires d'où résultait l'intérêt que j'avais à agir. La convention, la renonciation, la transaction, qui seraient nulles si elles portaient directement sur le droit d'invoquer la nullité de l'adoption, sont au contraire valables lorsqu'elles ont pour objet un droit exclusivement pécuniaire [3].

(1) Aubry et Rau, VI, § 558, texte et notes 17, 19, 20 et 21; Huc, III, n. 139. Quant au point de départ de la prescription, il varierait suivant les hypothèses. Il commencerait à courir du jour de l'inscription sur les registres de l'état civil, lorsque l'adoption est attaquée par les parties elles-mêmes ou par leurs successeurs universels agissant au nom de leur auteur, et du jour du décès de l'adoptant, lorsque l'action est intentée par les héritiers de l'adoptant, agissant en leur propre nom et de leur chef et sur le fondement de leur intérêt personnel.

(2) Demolombe, VI, n. 212.

(3) Demolombe, VI, n. 213.

87. Devant quels tribunaux la demande est-elle formée, et quelle est la procédure à suivre ? Nous avons dit que l'objet de la demande est, non pas de faire réformer ou rétracter les sentences judiciaires qui ont homologué l'adoption, mais de faire prononcer l'annulation du contrat solennel d'adoption. Notre action est donc une action en nullité d'une convention, et elle appartient à la classe des actions relatives à l'état des personnes, car la question qu'elle soulève est une question d'état. Ce principe est aujourd'hui unanimement reconnu. Les hésitations qui s'étaient manifestées au début ont entièrement disparu. De cette notion fondamentale découlent les conséquences suivantes :

1° L'action est soumise aux règles ordinaires de la procédure en matière contentieuse. Elle devra donc être portée tout d'abord devant le tribunal d'arrondissement et non pas *de plano* devant la cour d'appel. Et la sentence qui sera rendue par les tribunaux sera susceptible d'être attaquée par toutes les voies de recours ouvertes contre les jugements. Car elle constitue un jugement véritable (1).

2° L'action en nullité de l'adoption mettant en question l'état des personnes, il faudra suivre les règles spéciales applicables aux actions d'état. En conséquence, il n'y aura pas lieu au préliminaire de conciliation ; la cause sera communicable au ministère public ; en principe, les tribunaux de droit commun seront seuls compétents pour en connaître. Enfin, en cause d'appel, il fallait décider, avant le décret du 26 novembre 1899, que l'affaire devait être portée à l'audience solennelle (2).

Les tribunaux peuvent d'ailleurs être saisis de la question, soit par une demande principale, soit incidemment à un procès ayant un autre objet. Par exemple, sur une action en pétition d'hérédité ou une demande en réduction d'une dona-

(1) Duranton, III, n. 351 ; Marcadé, II, n. 122 ; Valette sur Proudhon, II, p. 207 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 177, note 1 ; Aubry et Rau, VI, § 558, texte et notes 13 et 14 ; Demolombe, VI, n. 187 à 193 ; Laurent, IV, n. 236 ; Huc, III, n. 144. — Cpr. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Adoption*, § 11, n. 3.

(2) Sur ce dernier point, v. notamment : Grenoble, 7 mars 1849, D., 51. 2. 240, S., 50. 2. 209. — Cass., 19 mars 1856, S., 56. 1. 686. — Cass., 13 mai 1868, D., 68. 1. 249, S., 68. 1. 338.

tion, les possesseurs de l'hérédité ou les donataires de l'adoptant peuvent exciper de la nullité de l'adoption. La question peut se poser incidemment devant un tribunal répressif, ce qui soulève le grave problème des questions et exceptions préjudicielles.

88. Dans quelque sens qu'elle ait été rendue, la sentence ne jouira jamais, à notre avis, que d'une autorité purement relative. C'est l'application du principe que nous avons posé dans notre commentaire du titre *De la paternité et de la filiation* (T. IV, *Des personnes*, n. 423 s.). L'action peut en effet être intentée contre toute personne intéressée et, d'autre part, aucune raison tirée de la nature de l'adoption ne peut être invoquée pour assigner au jugement une force probante dépassant les relations des parties au procès.

SECTION IV

DES EFFETS DE L'ADOPTION

89. A Rome, l'adoption était une imitation de la nature. Elle faisait sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle, du moins dans le premier état du droit. Chez nous, il en est tout autrement. L'adoption ne brise pas les liens de parenté que la nature a créés. La parenté naturelle subsiste et continue à produire ses effets.

La parenté créée par l'adoption est donc purement fictive. La fiction légale sur laquelle repose l'adoption ne doit pas s'étendre au delà des limites fixées par la loi. Elle ne peut engendrer d'autres effets que ceux que celle-ci a déterminés. La volonté des parties ne peut exercer sur ces effets une influence directe [1]. Sans doute, l'adoption constitue un acte juridique volontaire. Mais elle diffère des actes juridiques relatifs au patrimoine en ce que, une fois qu'elle est formée par la volonté des parties, manifestée dans les formes légales, c'est à la loi seule qu'il appartient d'en régler les effets.

(1) Cpr. trad. Zachariæ, I, § 172, note 7. — V. Codes civ. allemand, art. 1758, 2e al., et 1761; suédoisien, art. 184; espagnol, art. 175, 177.

Les trois propositions suivantes nous permettent de donner une vue générale des effets de l'adoption [1] :

1° L'adopté ne sort pas de sa famille naturelle ;

2° Il n'entre pas dans la famille de l'adoptant ;

3° L'adoption ne crée de rapports juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté.

Sous le bénéfice de ces observations, nous allons maintenant passer en revue les principaux effets de l'adoption.

90. Premier effet. Aux termes de l'art. 347 : « *L'adoption* » *confèrera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au* » *nom propre de ce dernier* ».

L'adopté prend donc le nom de l'adoptant, tout en conservant le sien propre. Cette modification du nom de l'adopté est, comme l'a dit justement Demolombe, « le signe visible du lien juridique de paternité et de filiation que l'adoption vient de créer » [2].

L'adopté acquiert aussi le droit de porter les titres nobiliaires transmissibles qui appartiennent à l'adoptant. Car aujourd'hui les titres de noblesse font partie du nom, bien qu'ils soient soumis à des règles spéciales. Il en est de même des armoiries, qui sont des noms parlants [3].

Si l'adoption est faite par une femme mariée ou veuve, c'est son propre nom de famille qui est conféré à l'adopté. Car, légalement, son mariage ne lui a pas fait perdre son nom d'origine. Et c'est par suite d'un simple usage, d'ailleurs consacré par la loi dans une certaine mesure, que la femme mariée prend le nom de son mari. Tous les auteurs sont en ce sens [4].

Si deux époux ont adopté la même personne, soit conjointement, soit successivement, l'adopté prend seulement le nom du mari. C'est la solution la plus logique. Car, en définitive, l'adopté acquiert la situation juridique d'enfant commun des deux époux.

(1) Demolombe, VI, n. 129.

(2) Demolombe, VI, n. 144. — Cpr. Codes civ. allemand, art. 1758; autrichien, art. 182; espagnol, art. 175; italien, art. 210.

(3) Demolombe, VI, n. 144 *bis* ; Dalloz, *J. G.*, *Suppl.*, v° *Noblesse*, n. 24. — V. cep. Paris, 18 juill. 1893, D., 94. 2. 7.

(4) Marcadé, II, n. 105; Zachariæ, I, § 179. note 3; Aubry et Rau, VI, § 560, note 10; Demolombe, VI, n. 145; Huc, III, n. 120.

L'adjonction du nom de l'adoptant à celui de l'adopté est un effet légal de l'adoption. Le nom de l'adoptant est imposé à l'adopté, et c'est pour lui un droit et une obligation de le porter [1]. On ne pourra pas convenir dans le contrat que l'adopté conservera son nom de famille sans modification.

91. Si l'adopté a des descendants déjà nés au moment de l'adoption, il est certain que ceux-ci ne pourront ajouter le nom de l'adoptant à celui qu'ils ont reçu à leur naissance [2], à moins qu'ils ne s'y fassent autoriser conformément à la loi du 11 germinal an XI.

Quant aux enfants légitimes de l'adopté nés postérieurement à l'adoption, ils prennent le nom de leur père [3] allongé de celui de l'adoptant. Non que l'adoption produise ses effets à leur égard; mais simplement parce que les enfants légitimes portent le nom qu'a leur père au moment de leur naissance [4].

La même distinction doit, semble-t-il, être faite pour les enfants naturels de l'adopté, lorsque, bien entendu, leur filiation est certaine. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la date à laquelle la reconnaissance est intervenue, car celle-ci produit des effets simplement déclaratifs. Donc les enfants naturels de l'adopté conservent le nom primitif de leur auteur, s'ils sont nés antérieurement à l'adoption, même s'ils n'ont été reconnus que postérieurement.

Une règle différente doit être suivie en ce qui concerne les enfants légitimés de l'adopté. La légitimation est attributive d'une filiation nouvelle. A partir du mariage, l'enfant légitimé est assimilé à un enfant légitime. C'est donc uniquement à la date du mariage qui a produit la légitimation et non à celle de la naissance de l'enfant qu'il convient de s'attacher. L'enfant prend le nom que son père porte au jour du mariage.

92. En nous disant que l'adopté conserve son nom et y ajoute seulement celui de l'adoptant, la loi nous donne déjà

[1] Bordeaux, 4 juin 1862, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 41, S., 63. 2. 6.
[2] Demante, II, n. 82 bis.
[3] Si c'est leur père qui est adopté. — Cpr. Code civ. allemand, art. 1762.
[4] Demante, *loc. cit.*

à entendre que l'adopté ne change pas de famille. Elle nous le dit d'une manière plus explicite dans l'art. 348 al. 1, ainsi conçu : « *L'adopté restera dans sa famille naturelle et y con-* » *servera tous ses droits* » ; ajoutez : *et tous ses devoirs* (1). Notamment l'adopté demeure tenu de l'obligation alimentaire envers ses parents légitimes ou naturels et réciproquement ; de même l'adopté, quand il veut se marier, est soumis à la nécessité d'obtenir le consentement de ses père et mère, jamais celui de l'adoptant, même après le décès de tous ses ascendants (2). Il conserve également ses droits de successibilité dans sa famille naturelle (3).

93. Deuxième effet. L'adoption fait naître certains empêchements de mariage. Suivant l'opinion générale, ces empêchements sont simplement prohibitifs (4). Ils sont énumérés par l'art. 348 dans les termes suivants : « *Néanmoins le mariage* » *est prohibé : — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;* » *— Entre les enfants adoptifs du même individu ; — Entre* » *l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;* » *— Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproque-* » *ment entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté* » (5). Cette énumération est essentiellement limitative. Ainsi le mariage est permis entre le conjoint de l'adoptant et celui de l'adopté, devenus l'un et l'autre libres de tout lien, entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté, entre l'adopté et le frère ou la sœur de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le frère ou la sœur de l'adopté, entre l'adopté et un ascendant de l'adoptant, entre l'adoptant et un enfant adoptif de l'adopté, etc.

94. Il ne faut pas tirer de l'art. 348 des conséquences que la loi n'a pas voulu y rattacher.

I. Tout d'abord, on ne doit pas en conclure que l'adoption produit l'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant,

(1) Cpr. Codes civ. allemand, art. 1764 ; espagnol, art. 177 ; italien, art. 212.

(2) *Contra* Codes civ. allemand, art. 1306 ; espagnol, art. 46 ; italien, art. 63.

(3) Cpr. Code civ. de Zurich, art. 727, 870.

(4) Marcadé, II, n. 105 ; Aubry et Rau, VI, § 560, p. 137 ; Demolombe, III, n. 338 et VI, n. 136. — *Contra* Demante, II, n. 83 *bis*, III.

(5) Cpr. Codes civ. allemand, art. 1311 ; espagnol, art. 84, 85 ; italien, art. 60.

et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté [1]. La solution contraire a été cependant consacrée par la cour de cassation, au sujet de la disposition de la loi du 20 mars 1831, art. 20, disposition qu'on retrouve aujourd'hui dans la loi municipale du 5 avril 1884, art. 35 [2]. La doctrine condamne unanimement cette jurisprudence [3]. La cour suprême se fonde sur ce que l'adoption crée un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté, et elle en tire cette conséquence que l'adoptant devient l'allié du conjoint de l'adopté, et l'adopté celui du conjoint de l'adoptant. Ce raisonnement est inadmissible. Il ne faut pas oublier que la parenté résultant de l'adoption est purement fictive et qu'elle ne produit pas d'autres effets que ceux que la loi a déterminés. Or le législateur n'a pas dit qu'elle engendre l'alliance, comme le fait la parenté naturelle. La cour de cassation invoque encore l'art. 348, qui, d'après elle, édicterait des empêchements de mariage fondés sur l'alliance. Ce n'est pas ainsi, à notre avis, que les prescriptions de ce texte doivent être entendues. Les empêchements qu'il édicte sont fondés sur des motifs de décence et d'honnêteté et non pas sur l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance. Ces motifs ont été indiqués par Gary, dans son discours au corps législatif : « La rigueur des prohibitions doit augmen-
» ter en raison de la facilité de la corruption. Voilà pourquoi
» le mariage est interdit à ceux qui sont destinés à vivre sous
» le même toit. La maison du père de famille doit être un
» asile inviolable et sacré ; il faut en écarter le souffle des
» passions » [4].

II. Il ne faut pas non plus induire de l'art. 348 qu'il existe un lien de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté. Nous reviendrons sur ce point (*infra*, n. 100).

95. Troisième effet. *Obligation alimentaire.* — Aux termes de l'art. 349 : « *L'obligation naturelle, qui continuera d'exister*

[1] Cpr. Code civ. allemand, art. 1763.

[2] Cass., 21 nov. 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 176, S., 42. 1. 916. — Cass., 7 déc. 1842, *J. G.*, *loc. cit.* — Cass., ch. réun., 6 déc. 1844, *J. G.*, *loc. cit.*, S., 45. 1. 116.

[3] Aubry et Rau, VI, § 560, texte et notes 3 et 8 ; Demolombe, VI, n. 137 s. Laurent, IV, n. 253. Huc, III, n. 122.

[4] Locré, VI, p. 602.

» *entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments* » *dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme* » *commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre* » (1).

L'adopté restant dans sa famille naturelle, il en résulte qu'il demeure tenu de l'obligation alimentaire envers ceux de ses parents naturels qui pouvaient avant l'adoption lui réclamer des aliments. L'art. 349 ne mentionne, il est vrai, que ses père et mère. Mais il n'a pas entendu mettre fin à la créance alimentaire des autres ascendants.

Par l'effet de l'adoption, l'adopté contracte une obligation nouvelle ; il doit fournir des aliments à l'adoptant, lorsque celui-ci est dans le besoin. Il les lui doit au même titre qu'un enfant légitime. Donc il y est tenu avant les ascendants de son père adoptif. Car en matière d'aliments, la dette des ascendants est primée par celle des descendants. Telle est du moins l'opinion généralement admise (2).

Réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté, de la même manière que le père ou la mère légitimes de celui-ci. On enseigne généralement qu'il y est tenu conjointement avec les ascendants naturels, mais après les descendants de l'adopté (3).

Les effets de l'adoption, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, ne s'étendent pas plus loin. L'adopté ne doit pas les aliments aux ascendants de son père adoptif, et réciproquement ceux-ci ne peuvent pas lui en réclamer (4). De même, il n'existe pas d'obligation alimentaire réciproque entre l'adoptant et les descendants de l'adopté (5). Cette dernière solution est cependant contestée. En sens contraire, on fait valoir des arguments que nous exposerons plus loin, au sujet

(1) Cpr. Codes civ. allemand, art. 1766 ; espagnol, art. 176 ; italien, art. 211.

(2) Zachariæ, I, § 179, p. 352 ; Aubry et Rau, VI, § 560, p. 137 ; Demolombe, VI, n. 148 ; Huc, III, n. 124. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes,* II, n. 2043 s.

(3) La question de savoir quel est le rang de l'obligation alimentaire dont l'adoptant est tenu envers l'adopté est cependant controversée. — Voir, en sens divers, Aubry et Rau, VI, § 560, texte et note 14 ; Demolombe, VI, n. 148 ; Huc, III, n. 124 ; Marcadé, II, n. 106 ; Zachariæ, *loc. cit.* — Cpr. sur tous ces points Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op.* et *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, VI, § 560, p. 134 ; Huc, *loc. cit.*

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, VI, n. 141, p. 131.

du droit de successibilité résultant de l'adoption. On ajoute que, sans doute, l'art. 349 ne parle que de l'adoptant et de l'adopté seulement. Mais, dit-on, le législateur s'est borné à poser dans ce texte le principe que l'adoption crée l'obligation alimentaire, il n'a pas voulu donner une énumération limitative des personnes entre lesquelles cette obligation existe [1]. Cet argument, à notre avis, prouve trop pour être exact. Si l'art. 349 ne doit pas être considéré comme limitatif, à quel principe devra-t-on se référer pour déterminer les personnes tenues de fournir des aliments et celles qui ont le droit de les réclamer? Il faudrait dire que l'adopté doit les aliments au conjoint de l'adoptant et réciproquement. Cela paraît bien difficilement admissible. Il vaut mieux s'en tenir au texte de l'art. 349. Il ne faut pas oublier que l'adoption est une fiction légale, et qu'à la loi seule il appartient d'en déterminer les effets. Or, l'adoption ne crée de liens qu'entre l'adoptant et l'adopté; l'adopté demeure étranger à la famille de l'adoptant, et les effets de l'adoption ne s'étendent pas non plus aux descendants de l'adopté.

96. Quatrième effet. *Droit pour l'adopté de succéder à l'adoptant.* — Aux termes de l'art. 350 : « *L'adopté n'acquerra* « *aucun droit de successibilité sur les biens des parents de* « *l'adoptant; mais il aura sur la succession de l'adoptant les* « *mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage,* « *même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière* « *qualité nés depuis l'adoption* » [2]. Il pourra donc arriver que l'adopté se trouve, lors de l'ouverture de la succession de l'adoptant, en concours avec des enfants légitimes ou légitimés de celui-ci, ou avec d'autres enfants adoptifs. Alors l'adopté comptera, quant au règlement de la succession, comme un enfant légitime de plus; il aura les mêmes droits qu'un enfant légitime.

Si l'adoptant ne laisse pas d'enfants légitimes lors de son décès, toute sa succession revient à l'adopté. En un mot, qu'il

[1] Thierrelin, cité cass. Nancy, 30 mai 1868, D., 68. 2. 121. — Cass., 10 nov. 1903 (motifs), D., 70. 1. 209, S., 70. 1. 18.

[2] Cpr. Code civil allemand, art. 1757, 1767; espagnol, art. 177; italien, art. 737; de Zurich, art. 223, 229.

soit seul ou en concours avec des enfants légitimes de l'adoptant, les droits de l'adopté sur la succession de l'adoptant sont les mêmes que ceux d'un enfant légitime. Il exclura par conséquent non seulement les parents collatéraux, mais même les ascendants de l'adoptant. Ces derniers ne pourront pas invoquer leur droit de réserve, car, pour être réservataire, il faut être héritier, et les ascendants de l'adoptant ne sont pas appelés à la succession de celui-ci, lorsqu'ils se trouvent en présence d'un enfant adoptif [1].

Si l'adoptant a laissé des enfants naturels non légitimés, l'adopté les réduira à la portion déterminée par l'art. 758 nouveau [2]. Et si l'adoptant a fait à son enfant naturel une donation ou un legs, l'adopté pourra exercer les droits attribués aux descendants du *de cujus* par l'art. 908 (modifié par la loi du 25 mars 1896).

97. Enfin, l'adopté a droit à une réserve dans la succession de l'adoptant [3]. Ce principe est admis par tous les auteurs, mais les conséquences en sont contestées.

On admet sans difficulté que l'adopté pourra invoquer son droit de réserve à l'effet de faire réduire les libéralités testamentaires faites par l'adoptant.

Mais l'on se divise lorsqu'il s'agit des donations entre vifs consenties par le *de cujus* [4].

(1) En ce sens, tous les auteurs, à l'exception de Toullier, II, n. 1011.

(2) Cpr. Paris, 30 avril 1860, S., 60. 2. 331. — Cass., 3 juin 1861, D., 61. 1. 336, S., 61. 1. 990.

(3) Cpr. Code civ. de Zurich, art. 971.

(4) Il est certain que les donations entre vifs faites par l'adoptant ne sont pas révoquées par l'adoption contractée postérieurement. L'adoption ne produit pas à cet égard les effets que l'art. 960 C. civ. attache à la survenance d'un enfant légitime. De même, les libéralités faites par un testament antérieur à l'adoption ne sont pas révoquées par l'adoption, et il n'y aurait pas lieu de leur faire l'application de l'art. 1038. — Montpellier, 20 avril 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 202, S., 42. 2. 347. — Cass., 2 fév. 1852, D., 52. 1. 33, S., 52. 1. 178. — Duranton, III, n. 315; Proudhon et Valette, II, p. 223; Toullier, II, n. 1011; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 179, texte et note 11; Demante, II, n. 85 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, § 560, texte et note 20; Demolombe, VI, n. 160. — *Contra* Marcadé, II, n. 110. — D'autre part, il n'est pas douteux que, si la donation était révoquée par la survenance d'un enfant légitime à l'adoptant, cette révocation profiterait à l'enfant adoptif comme à l'enfant légitime lui-même. Les biens compris dans la donation rentrent dans le patrimoine de l'adoptant par l'effet de la révocation et sont par suite transmis à tous ceux qui peuvent réclamer sa succession.

Certains auteurs ont prétendu que les donations faites par l'adoptant, à quelqu'époque que ce soit, ne peuvent jamais être réduites pour atteinte au droit de réserve de l'adopté. L'art. 350, ont-ils dit, ne confère à l'adopté qu'un droit sur la *succession* de l'adoptant. Or les biens donnés ne sont plus dans le patrimoine de celui-ci au moment où il décède. En conséquence, la réserve de l'adopté ne pourra s'exercer que sur les biens légués seulement [1]. Cette manière de voir est presque unanimement repoussée, et les suffrages de la doctrine se répartissent entre les deux solutions suivantes :

Dans un premier système, on distingue suivant la date de la donation. La réduction ne peut atteindre que les donations faites postérieurement à l'adoption. Quant aux donations antérieures, elles ne peuvent être ramenées par la réduction à la mesure de la quotité disponible [2]. En effet, nul ne peut, par un acte dépendant de sa volonté, révoquer ou diminuer les droits qu'il a conférés à des tiers. Dès lors, l'on comprend très bien que l'adopté puisse réclamer la réduction des donations faites après l'adoption, car il ne peut être permis à l'adoptant de le dépouiller des droits patrimoniaux que l'adoption lui a conférés. Mais, par une équitable réciprocité, il faut décider que les donations antérieures à l'adoption sont à l'abri de la réduction. Cela est nécessaire pour sauvegarder les droits des donataires. Ces droits ne peuvent être détruits ou diminués par une donation nouvelle. De même, le donateur ne doit pas non plus pouvoir y porter atteinte par le moyen d'une adoption, qui, au fond, n'est autre chose qu'une libéralité. On ajoute que l'adopté ne peut pas se plaindre d'une pareille solution. Il n'a pu compter que sur les biens qui, au moment où l'adoption est devenue parfaite, n'étaient pas encore sortis définitivement du patrimoine de l'adoptant. En maintenant les donations antérieures à l'adoption, même lorsqu'elles excèdent la quotité disponible, on ne lui enlève aucun droit, ni même aucune espérance.

Nous préférons une autre manière de voir, qui est adoptée

(1) Delvincourt, I, p. 110, note 5.
(2) Toullier, II, n. 1001 ; Grenier, *op. cit.*, n. 40.

par la jurisprudence et la très grande majorité des auteurs [1]. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant la date à laquelle la donation a été faite. Qu'elle soit antérieure ou postérieure à l'adoption, elle pourra toujours être réduite, si elle excède la quotité disponible. L'enfant adoptif a les mêmes droits héréditaires qu'un enfant légitime. Le droit de réserve qui lui appartient à ce titre s'exerce de la même manière et produit les mêmes effets que celui qui est conféré à un enfant légitime. Sans doute, la loi ne lui attribue de droits que sur la succession de l'adoptant; mais le droit à une réserve n'est pas autre chose qu'un droit héréditaire. Par l'effet de la réduction, les biens donnés rentrent dans le patrimoine du disposant et font partie de sa succession. Enfin, de ce que les droits du donataire ne peuvent recevoir aucune atteinte d'une donation nouvelle il ne résulte aucunement qu'ils ne puissent être modifiés par une adoption conclue postérieurement. L'adoption ne constitue pas une donation. C'est un fait d'état civil. L'adopté n'agit pas comme donataire; c'est un droit héréditaire qu'il exerce, droit qui lui est conféré par la loi, à raison de son état, et qu'il ne tient pas, directement du moins, de la volonté de l'adoptant.

Ces considérations ont une portée tout à fait générale. Elles peuvent être invoquées au sujet de toutes les libéralités quelconques faites par l'adoptant. L'adopté peut donc faire réduire non seulement les donations à titre particulier, mais même les donations à titre universel.

Par où l'on voit que, si la personne qui se propose d'adopter est mariée, son conjoint peut avoir intérêt à refuser de consentir à l'adoption, pour mettre les donations qui lui ont été faites par le contrat de mariage à l'abri d'une réduction éventuelle au profit de l'enfant adoptif. C'est le seul moyen pour le conjoint de conjurer cette réduction : il ne pourrait pas y parvenir au moyen d'une réserve insérée dans l'acte

[1] Duranton, III, n. 317 à 319; Marcadé, II, n. 108, 109; Valette sur Proudhon, II, p. 222; Duvergier sur Toullier, II, n. 1010, note 1; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 179, note 9; Aubry et Rau, VI, § 560, texte et note 18; Demante, II, n. 85 *bis*, I; Demolombe, VI, n. 160; Huc, III, n. 126. — Cass., 29 juin 1825, S., 26. 1. 29. — Paris, 26 mars 1839, S., 39. 2. 201.

par lequel il donnerait son consentement à l'adoption; une semblable réserve constituerait un pacte sur succession future prohibé par nos lois (arg. art. 791, 1130 et 1600).

98. Supposons que l'adoptant ait contracté mariage postérieurement à l'adoption. L'enfant adoptif pourra-t-il invoquer le droit spécial de réserve que l'art. 1098 établit au cas de deuxième mariage du père ou de la mère? La question est singulièrement délicate. L'art. 1098 prévoit seulement le cas d'un *nouveau mariage;* il ne parle que des enfants nés d'un *autre lit*. La lettre du texte paraît donc contraire à la réclamation de l'adopté, car il ne peut pas se dire issu d'un premier lit. Il semble que le droit de réserve de l'art. 1098 appartienne seulement aux enfants par le sang. D'autre part, ne peut-on pas invoquer dans le même sens l'esprit de la loi? L'art. 1098 a été édicté en haine des secondes noces; la loi n'a pas vraisemblablement songé aux enfants adoptifs [1]. En sens inverse on peut, il est vrai, faire valoir des arguments sérieux. D'abord, peut-on dire, l'art. 1098 n'a pas été édicté en haine des secondes noces; de pareilles préoccupations sont étrangères à notre législateur. Celui-ci a voulu simplement protéger les droits héréditaires des enfants légitimes, dans un cas où ils auraient pu être gravement compromis, à cause de l'ascendant que le conjoint peut exercer sur l'esprit du père ou de la mère. Or ces motifs s'appliquent aux enfants adoptifs aussi bien et peut-être même mieux encore qu'aux enfants issus d'une union antérieure. Au moment où l'adoptant contracte mariage, il sera, généralement du moins, parvenu à un âge assez avancé. Il sera à craindre qu'il ne subisse l'influence de son conjoint, et qu'il ne se laisse entraîner à dépouiller l'adopté au profit de celui-ci. D'autre part, à l'argument tiré des termes de l'art. 1098, on peut répondre par un argument puisé dans les termes de l'art. 350. Ce dernier texte accorde à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, *les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage.* Donc l'enfant adoptif peut invoquer, comme l'enfant issu du

(1) Grenier, *op. cit.*, n. 43; Troplong, *Des donat.*, IV, n. 2701; Valette, *Expl. somm.*, p. 195; Aubry et Rau, VI, § 560, texte et note 21; Huc, III, n. 126; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et des test.*, II, n. 4080.

mariage, la réserve établie par l'art. 1098. Il est vrai que l'art. 1098 ne parle pas expressément de l'enfant adoptif. Mais cela était inutile, étant donné la disposition générale de l'art. 350 (1).

99. De l'assimilation faite par la loi de l'enfant adoptif à l'enfant légitime faut-il conclure que la présence de l'enfant adopté met obstacle à l'exercice du retour conventionnel (art. 951)? La question sera examinée au titre *Des donations entre vifs et des testaments.*

100. Le droit de succession que la loi reconnaît à l'adopté lui est-il exclusivement personnel?

La jurisprudence paraît s'être fixée en ce sens que les effets de l'adoption, au point de vue successoral, s'étendent aux descendants légitimes ou légitimés de l'adopté. Elle décide en conséquence que les descendants de l'adopté peuvent, au défaut de celui-ci, succéder à l'adoptant, soit de leur chef, soit par représentation (2). Et cette manière de voir a été adoptée par un certain nombre d'auteurs (3). Parmi ces derniers, il en est qui ne font aucune distinction entre les descendants de l'adopté déjà nés au moment de l'adoption et ceux qui sont nés postérieurement (4). D'autres, au contraire, ne reconnaissent de droits héréditaires qu'à ces derniers seulement, car, seuls, ils sont rattachés à l'adoptant par leur nom de famille.

Nous pensons, contrairement à l'opinion qui précède, que les descendants de l'adopté n'ont jamais droit à la succession de l'adoptant, quelle que soit la date de leur naissance (5).

(1) Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 179, texte et note 10; Demolombe, VI, n. 163.

(2) Cass., 2 déc. 1822, *J. G.*, v° *cit.*, n. 186. — Paris, 27 janv. 1824, *J. G.*, *loc. cit.* — Nancy, 30 mai 1868, D., 68. 2. 121, S., 68. 2. 161. — Cass., 10 nov. 1869, D., 70. 1. 209, S., 70. 1. 18. — Agen, 1er juin 1885, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 46, S., 86. 2. 63. — Cpr. Codes civ. autrichien, art. 183; italien, art. 737.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 7; Toullier, II, n. 1015; Duranton, III, n. 314 et 327; Marcadé, II, n. 111; Proudhon, et Valette sur Proudhon, II, p. 221, texte et observation; Zachariæ, et Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 179, texte et note 15; Demante, II, n. 85 *bis*, III; Thiercelin, note D., 68. 2. 121. — Quelques-uns des auteurs ci-dessus prévoient d'ailleurs uniquement le cas où les descendants de l'adopté viennent par représentation de celui-ci à la succession de l'adoptant.

(4) C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence.

(5) Grenier, *op cit.*, n. 37; Delvincourt, I, p. 100, note 6; Valette, *Expl. somm.*,

La tradition romaine, qu'on nous oppose, ne peut être d'aucun poids. A Rome, l'adoption était une imitation de la nature. Elle rompait, d'après le droit civil tout au moins, et même, dans une certaine mesure, d'après le droit prétorien, tous les liens qui unissaient l'adopté à sa famille naturelle, pour le rattacher complètement à la famille de l'adoptant. Les descendants placés sous la puissance de l'adrogé et ceux des descendants de l'adopté qui naissaient postérieurement à l'adoption, tombaient avec leur père sous la puissance de l'adrogeant ou de l'adoptant. Ils devenaient civilement les petits-fils de celui-ci, et c'était pour cette raison qu'ils étaient appelés à recueillir sa succession. Rien de pareil dans notre droit. L'adopté reste dans sa famille naturelle. Les effets de l'adoption sont des plus restreints. C'est dans les dispositions de notre code seulement, et non point dans celles des lois romaines, qu'il faut chercher les règles à suivre pour déterminer ces effets.

On nous objecte encore que le code civil prussien, dont les rédacteurs du code civil se sont inspirés, avait consacré la tradition romaine. Mais nous savons combien laborieuse a été la préparation du titre *De l'adoption*. Les systèmes les plus divers ont été successivement proposés. Il est bien hasardé d'affirmer que, sur le point qui nous occupe, le législateur a entendu se conformer aux principes admis par le code civil prussien. Il avait sous les yeux les prescriptions de ce code. S'il avait voulu donner aux descendants de l'adopté un droit sur la succession de l'adoptant, il n'aurait pas manqué, apparemment, de proclamer ce droit. Le silence gardé par lui n'est-il pas significatif? L'adoption est une fiction légale. Elle ne produit d'autres effets que ceux que le législateur y a expressément attachés.

Sans doute, il peut paraître conforme au but de notre institution que les descendants de l'adopté succèdent à l'adoptant. L'adoption, a-t-on dit, a été admise dans la vue de permettre à une personne de se créer une postérité. Elle établit entre

p. 56, n. ; Aubry et Rau, VI, § 560, texte et note 6 ; Demolombe, VI, n. 139 à 141 ; Laurent, IV, n. 270, et IX, n. 82 et 83 ; Huc, III, n. 127 ; Lyon-Caen, note S., 68. 2. 561. — Cpr. Code civ. allemand, art. 1762.

l'adoptant et l'adopté un lien de paternité et de filiation. C'est plus qu'une simple transmission des biens et du nom de l'adoptant à l'adopté. Puisque l'adopté est désormais le fils légitime de l'adoptant, ses enfants doivent être les petits-fils de celui-ci. *Fictio idem operatur in casu ficto quam veritas in casu vero.* — Nous répondrons que cette solution était peut-être rationnelle ; mais la question est précisément de savoir si notre loi a voulu faire produire à la filiation purement fictive résultant de l'adoption les mêmes effets qu'à la filiation réelle qui résulte de la procréation en légitime mariage.

C'est dans les textes seuls que nous devons rechercher l'intention du législateur. Or la loi ne nous dit nulle part que les descendants de l'adopté succèdent à l'adoptant, ni même qu'il existe entre eux un lien de parenté. Les partisans du système que nous combattons sont bien forcés d'en convenir. Mais ils prétendent que l'existence de ce lien de parenté peut s'induire de certaines dispositions du code civil, qui, sans cela, ne peuvent pas recevoir une explication satisfaisante.

Ainsi, nous disent-ils, l'art. 348 édicte un empêchement de mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté. Mais nous savons quelles sont les raisons qui l'ont fait établir. Il n'est aucunement fondé sur un lien de parenté. A ce compte, il faudrait dire aussi que les enfants adoptifs d'un même individu sont parents entre eux et peuvent se succéder réciproquement. Cela serait insoutenable.

La circonstance que les descendants de l'adopté (au moins ceux qui sont nés depuis l'adoption) portent le nom de l'adoptant est indifférente au point de vue héréditaire. Il n'y a rien de commun entre le nom de famille et le droit de succéder. Je puis porter le nom d'une personne dont je ne suis pas l'héritier. Ainsi l'enfant naturel porte le nom du père qui l'a reconnu et, par suite, du père légitime de celui-ci. En résulte-t-il qu'il soit l'héritier, ou même le parent de ce dernier ?

On insiste et on dit : l'art. 352 accorde à l'adoptant le droit de reprendre dans la succession des descendants de l'adopté les choses par lui données à son enfant adoptif. L'adoptant *succède* donc aux descendants de l'adopté. Réciproquement,

il faut reconnaître à ceux-ci un droit sur la succession de l'adoptant. Mais nous remarquerons que le droit conféré à l'adoptant sur la succession des descendants de l'adopté est un droit de succession anomale, un droit de *retour*. Ce droit n'a point pour fondement une relation de parenté. La preuve en est que les enfants légitimes de l'adoptant exercent également un droit de retour dans la succession de l'adopté. Il est bien certain que l'adopté ne leur succède pas. Pourquoi les descendants de l'adopté succèderaient-ils à l'adoptant?

Ainsi les textes invoqués par la jurisprudence ne sont aucunement favorables à sa manière de voir. Nous irons même plus loin. La loi, dans l'ensemble de ses dispositions, nous paraît l'avoir très clairement condamnée. L'art. 347 nous dit que l'adoption confère à *l'adopté* le nom de l'adoptant; il ne parle pas des descendants de l'adopté, et si les descendants de l'adopté nés après l'adoption portent le nom de l'adoptant, c'est simplement parce que ce nom était celui sous lequel leur père était désigné au moment de leur naissance. De même, dans l'art. 349, il n'est pas question des descendants de l'adopté. L'art. 350, qui accorde à l'adopté sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime, garde également le silence sur les descendants de l'adopté. La rédaction de ce texte diffère d'une façon frappante de celle de l'art. 745, qui, réglant le droit héréditaire des enfants légitimes, prend soin de mentionner les descendants des enfants à côté de ceux-ci. En réalité, c'est ajouter à la loi, c'est faire la loi, que d'étendre les effets de l'adoption aux descendants de l'adopté; c'est méconnaître le principe d'interprétation restrictive qui doit être notre guide en cette matière exceptionnelle.

Quant aux considérations d'équité et d'humanité que l'on invoque en faveur du système de la jurisprudence, le législateur aurait peut-être dû en tenir compte, mais elles ne peuvent pas influer sur l'interprétation de la loi. Sans doute l'enfant adoptif n'a le plus souvent aucune fortune, et il peut être rigoureux de priver ses descendants de tous droits dans la succession à laquelle leur auteur pouvait aspirer. Mais, dans bien d'autres hypothèses, des considérations de ce

genre n'ont pas arrêté le législateur. L'application des règles sur la dévolution héréditaire peut, dans bien des cas, conduire à ce résultat, qu'une personne ayant l'espoir de succéder à une autre, les enfants du successible, si celui-ci prédécède, ne se trouvent pas en rang utile pour recueillir la succession du *de cujus*. Tant que la succession de l'adoptant n'est pas ouverte, l'adopté n'a que des espérances que son prédécès fera s'évanouir.

Nous conclurons donc que les descendants de l'adopté ne peuvent venir à la succession de l'adoptant, ni de leur chef, parce qu'ils ne sont pas les descendants du *de cujus*, ni par représentation de l'adopté, parce que, pour être habile à succéder par représentation, il faut avoir l'aptitude à hériter personnellement.

101. L'adopté succède à l'adoptant seulement. L'art. 350 ne lui confère aucun droit sur la succession des parents de l'adoptant. L'adopté ne peut venir à la succession de ceux-ci, ni de son chef, ni par représentation de l'adoptant [1].

102. La loi ne permet pas à l'adoptant de réclamer à ce titre la succession de l'adopté [2]. Il y a là une exception remarquable au principe de la réciprocité du droit héréditaire. On n'a pas voulu que l'adoption pût être motivée par un calcul intéressé. De même les descendants de l'adoptant ne succèdent pas à l'adopté.

103. L'application de cette règle aurait été cependant d'une rigueur excessive dans certains cas. Aussi la loi a-t-elle accordé à l'adoptant et à ses descendants un certain droit héréditaire ; c'est le droit de retour successoral ou de succession anomale des art. 351 et 352. Ce droit de retour successoral doit être rapproché de celui qui est établi par l'art. 747 au profit de l'ascendant donateur et de celui que l'art. 766 accorde aux frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel. Ces divers cas de retour successoral sont soumis à des règles qui leur sont communes et qui seront étudiées au titre *Des successions*. Nous nous bornerons ici à examiner quelques

(1) Toulouse, 25 avril 1844, S., 45. 2. 69. — Codes civ. allemand, art. 1763; italien, art. 737; de Zurich, art. 726.

(2) Codes civ. allemand, art. 1759; espagnol, art. 177.

questions que soulève spécialement l'interprétation des articles 351 et 352.

Ces textes sont ainsi conçus :

Art. 351. « *Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté, retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. — Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents; et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants* ».

Art. 352. « *Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succèdera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante* ».

L'adopté a reçu une libéralité de son père adoptif, ou a recueilli tout ou partie de la succession de celui-ci. Au décès de l'adopté, la loi permet à l'adoptant ou à ses descendants de reprendre, sous certaines conditions, les biens qui proviennent du patrimoine de l'adoptant, et qui se retrouvent dans la succession de l'adopté. Le même droit est reconnu à l'adoptant, mais à celui-ci seulement, dans la succession des descendants de l'enfant adoptif. Il y a là un véritable droit de succession, soumis aux règles générales qui gouvernent les successions.

Les motifs sur lesquels est fondé ce droit de retour successoral nous sont indiqués dans l'*Exposé des motifs* de Berlier (1), le *Rapport* de Perreau (2), et surtout le *Discours* de Gary (3). Tout d'abord on a tenu compte de l'intention probable du disposant. En faisant une libéralité à son enfant adoptif, l'adoptant a sans doute voulu se dépouiller lui-même et

(1) Locré, VI, p. 611.
(2) Locré, VI, p. 611.
(3) Locré, VI, p. 616.

dépouiller sa famille au profit de l'adopté et de ses descendants. Mais si l'adopté et ses descendants viennent à mourir sans postérité, il aurait été contraire à l'intention du donateur d'attribuer dans tous les cas, aux propres parents de l'adopté les biens compris dans la libéralité. L'adoptant ne les connaît pas, et il n'a aucun motif de les préférer à lui-même et à sa famille. D'autre part, le droit de retour établi au profit de l'adoptant et de ses descendants est également fondé sur l'idée de la conservation des biens dans la famille.

Le droit de retour peut être exercé, soit dans la succession de l'adopté, soit dans celle des descendants de l'adopté.

104. I. Lorsque l'adopté est mort sans postérité, le droit de retour appartient, aux termes de l'art. 351, à l'adoptant, s'il est encore vivant, ou, dans le cas contraire, à ses descendants. Ces derniers sont appelés de leur chef à la succession anomale ; ils y ont une vocation personnelle. Il en résulte :

1° Qu'ils peuvent exercer leur droit de retour, alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de l'adoptant.

2° Qu'ils peuvent faire valoir leur droit, même du vivant de l'adoptant, soit que celui-ci ait renoncé à la succession anomale, soit qu'il ait été écarté comme indigne [1].

Que faut-il entendre par descendants? Et notamment faut-il comprendre, dans cette expression, les autres enfants adoptifs?

La question est délicate.

Pour refuser aux enfants adoptifs de l'adoptant le droit de retour que l'art. 351 accorde aux descendants de celui-ci, on peut faire valoir des arguments sérieux. D'abord le droit de succession anomale est tout à fait exceptionnel. Les textes qui l'établissent doivent donc être interprétés restrictivement. Or l'expression « descendants » ne peut guère s'appliquer aux enfants adoptifs, du moins dans son acception courante et ordinaire. Les enfants adoptifs ne sont pas issus de l'adoptant ; ils ne descendent pas de lui ; ils lui sont rattachés par un lien de filiation purement fictif. Les effets de la fiction sur

[1] Huc, III, n. 128.

laquelle repose l'adoption sont strictement déterminés par la loi, et l'on ne peut rien y ajouter. Or l'art. 350 n'assimile l'enfant adoptif à l'enfant né en mariage qu'en ce qui concerne les droits de l'adopté sur la succession de l'adoptant. Le droit de retour ne s'exerce pas dans la succession de l'adoptant. L'adopté prétend l'exercer dans la succession d'un autre enfant adoptif, lequel lui est complètement étranger. Enfin les motifs pour lesquels le droit de retour a été accordé aux descendants de l'adoptant ne peuvent être invoqués par les enfants adoptifs de celui-ci. On ne voit pas pourquoi ils seraient préférés aux héritiers de l'adopté. Ils ne font point partie, complètement du moins, de la famille de l'adoptant. Et si on leur permettait de reprendre, en vertu du droit de retour légal, les biens que l'adopté a reçus de l'adoptant ou recueillis dans la succession de celui-ci, ces biens seraient perdus pour la famille légitime de l'adoptant. Il n'y a donc aucune raison de soustraire ces biens à la règle générale en vertu de laquelle s'effectue leur dévolution héréditaire [1].

Ces derniers motifs conduisent également à décider que les enfants naturels de l'adoptant doivent être exclus de la succession anomale. Ils ne peuvent pas avoir les mêmes droits que les descendants légitimes [2].

Cette argumentation n'a pas convaincu tous les auteurs, et le système consacré par la cour de cassation a rencontré des contradicteurs. Le vœu de la loi, a-t-on dit [3], est que les enfants adoptifs soient placés sur le même rang que les descendants légitimes. Pourquoi le retour successoral a-t-il été établi? C'est parce qu'il a paru équitable de rendre aux descendants légitimes de l'adoptant les biens qui proviennent de celui-ci. Il est juste de leur attribuer ces biens de préférence aux parents de l'adopté et surtout à l'Etat. Aussi ces biens

[1] Marcadé, II, n. 116, note 2; Aubry et Rau, VI, § 608, texte et note 16; Laurent, IX, n. 130; Huc, *loc. cit.*; *Rev. trim. de droit civil*, 1904, p. 199. — Bordeaux, 24 août 1854, S., 54. 2. 598. — Cass., 14 fév. 1855, D., 55. 1. 225, S., 55. 1. 185. — Porto, 31 janv. 1902, S., 03. 2. 194, D., 02. 2. 251. — Cass., 26 oct. 1903, S., 04. 1. 28, D., 04. 1. 556.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*

[3] Demolombe, VI, n. 174.

leur font-ils retour. Or, si l'adoptant n'en avait pas disposé, ils auraient été recueillis par ses autres enfants adoptifs. Ces derniers ont dès lors droit à la restitution qui en est faite aux descendants légitimes, car ils ont éprouvé le même préjudice par suite de la libéralité faite par l'adoptant. On peut ajouter que l'intention de l'adoptant n'est pas douteuse. Il préfère certainement ses enfants adoptifs aux héritiers du *de cujus*. On doit, en cette matière toute d'équité, tenir compte de la volonté probable du disposant, sur laquelle est fondé, en partie du moins, le droit de retour successoral. Qu'on n'objecte pas que les enfants adoptifs d'une même personne sont étrangers les uns aux autres, car le droit de retour successoral n'a point pour cause l'existence d'un lien de parenté entre le *de cujus* et les successeurs anomaux. Les descendants légitimes de l'adoptant ne sont pas les parents de l'adopté, et pourtant la loi leur attribue le droit de retour.

105. II. Aux termes de l'art. 352, l'adoptant a encore un droit de retour dans la succession des enfants ou descendants de l'adopté. Si les descendants laissés par l'adopté décèdent à leur tour sans laisser de postérité, l'adoptant succèdera aux choses par lui données qui se retrouveront en nature dans leur succession. Mais ce droit lui est exclusivement personnel et ne peut être exercé par ses descendants s'il est mort avant le *de cujus*. Ces derniers ne peuvent le réclamer, ni de leur chef, ni par représentation (art. 352).

Dans le cas où l'adopté a laissé plusieurs enfants ou descendants, qui sont tous morts successivement, le droit de retour de l'adoptant s'exercera seulement dans la succession du dernier mourant et sur les choses par lui données qui se retrouvent dans cette succession. Cette solution est conforme au texte et à l'esprit de la loi. L'art. 352 veut, pour qu'il y ait lieu au droit de retour, que *les enfants ou descendants de l'adopté soient morts* sans postérité. Il faut donc qu'ils soient tous décédés, pour que la succession anomale soit ouverte, et dès lors celle-ci ne peut avoir pour objet que les choses qui, à ce moment, ne sont pas encore attribuées définitivement [1].

[1] Marcadé, II, n. 113; Aubry et Rau, VI, § 608, texte et note 12; Demolombe, VI, n. 176; Laurent, IX, n. 168. — Cpr. Demante, II, n. 87 *bis*.

106. L'adoptant exerce son droit de retour sur les biens qu'il a donnés soit avant, soit après l'adoption [1], et les descendants de l'adoptant reprennent, à titre de succession anomale, tant les choses qui ont été données par l'adoptant que celles qui ont été recueillies dans la succession de celui-ci (art. 351 et 352). Il faut que ces biens *se retrouvent en nature* dans la succession, pour que le droit de retour puisse être exercé. Les articles 747 et 766 C. civ. disent en outre que le droit de retour, dans les hypothèses auxquelles ils s'appliquent, s'étend au prix des choses aliénées et aux actions en reprise qui peuvent appartenir au *de cujus*. On admet très généralement, avec raison à notre avis, que ces deux derniers textes doivent être combinés avec les articles 351 et 352 et qu'en conséquence l'adoptant ou ses descendants succèdent, comme les personnes visées par les art. 747 et 766, à l'action en reprise et au prix des biens aliénés. Le retour légal a en effet toujours la même nature. L'institution réglementée par les art. 747 et 766 est la même que celle dont il est question aux art. 351 et 352. Ces derniers textes posent un principe que les premiers ont ensuite développé. On ne voit pas pourquoi on suivrait des règles différentes suivant les cas. Cette solution est d'autant plus naturelle que le droit de retour légal des art. 351 et 352 est vu plus favorablement encore que celui de l'art. 747, puisqu'il appartient, non seulement à l'adoptant donateur, mais encore aux descendants de celui-ci, et que l'adoptant peut reprendre les choses par lui données, non seulement dans la succession de l'adopté, mais encore dans la succession des descendants de l'adopté [2]. Quelques auteurs cependant, interprétant les textes d'une manière restrictive, restreignent le droit de retour à l'action en reprise, à l'exclusion du prix des choses aliénées [3], ou

[1] Aubry et Rau, VI, § 608, texte et note 7.

[2] Duvergier sur Toullier, II, n. 1013, note 1; Proudhon, II, p. 216, 217; Marcadé, II, n. 114; Demante, II, n. 86 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, § 608, texte et note 10; Demolombe, VI, n. 181; Laurent, IX, n. 186; Huc, III, n. 129.

[3] Parce que, disent-ils, l'art. 351 parlant uniquement des biens *qui existent en nature*, cela peut s'entendre de l'action en reprise qui a pour effet de faire rentrer rétroactivement le bien aliéné dans le patrimoine du *de cujus*, mais non de l'action en paiement du prix. — Duranton, III, n. 323 et 324; Ancelot sur Grenier, *op. cit.*, p. 265, note *a*.

même uniquement aux choses existant en nature dans la succession [1].

107. Il nous reste une question à examiner. A partir de quel moment l'adoption produit-elle ses effets? Dans le silence de la loi, ce point soulève de très sérieuses difficultés.

Supposons que l'adoption ait été inscrite, comme le veut l'art. 359. L'accomplissement de cette formalité marque-t-il le point de départ des effets de l'adoption? Ou ces effets se produisent-ils rétroactivement à dater du jour où l'acte d'adoption a été dressé?

La plupart des auteurs décident que les effets de l'adoption remontent au jour où les parties ont échangé leurs consentements devant le juge de paix. L'adoption, disent-ils souvent, est un contrat qui se forme par l'accord des volontés des deux parties. Sans doute ce contrat n'est irrévocable et définitif que lorsque toutes les formalités prescrites par la loi ont été accomplies. Mais celles-ci ont uniquement pour but, soit de vérifier si les conditions légales existent, soit de porter l'adoption à la connaissance des tiers. On peut les considérer comme des modalités auxquelles la formation du contrat est subordonnée. Le contrat d'adoption est donc un contrat conditionnel. Les parties donnent leur consentement sous la condition suspensive que les formalités seront remplies. Dès lors, il convient d'appliquer la règle écrite dans l'art. 1179, et de faire rétroagir la condition accomplie.

Ce raisonnement a été justement critiqué. On a dit que l'adoption ne peut être assimilée à un contrat conditionnel. Les formalités prescrites par la loi ne constituent pas des conditions, au sens strict du mot; ce ne sont pas des événements futurs et incertains qui, une fois arrivés, produisent rétroactivement la formation du contrat. Elles font corps avec le contrat; elles en sont l'élément formel. Tant qu'elles ne sont pas accomplies entièrement, il n'y a pas encore d'adoption. Celle-ci ne se forme que lorsqu'on a satisfait intégralement aux prescriptions de la loi. Jusqu'à l'inscription sur les registres de l'état civil, il n'y a pas encore d'adoption. Le

[1] Grenier, *op. cit.*, n. 15; Toullier, II, n. 1013.

langage des textes le montre nettement. D'après les art. 356 et 357, lorsque les tribunaux accordent l'homologation qui leur est demandée, ils disent seulement : *il y a lieu* à l'adoption. Donc l'adoption n'existe pas encore ; elle est simplement autorisée. Pour qu'elle se forme, il faut qu'elle soit inscrite sur les registres de l'état civil. Jusque-là, elle ne peut produire aucun effet [1].

Nous serions cependant tentés d'accepter la première des deux solutions que nous venons d'exposer ; mais nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'invoquer ici les principes qui régissent les contrats conditionnels. Si les effets de l'adoption se produisent à dater du jour où le juge de paix a dressé l'acte d'adoption, c'est parce que telle est, à notre avis, la volonté du législateur : en prescrivant l'intervention de la justice, il n'a pas voulu vraisemblablement que les parties puissent être victimes des lenteurs de la procédure. C'est pourquoi il a décidé que la mort de l'adoptant ne met pas obstacle à ce que l'homologation puisse être obtenue. L'adopté doit être admis à réclamer la succession de l'adoptant décédé au cours de l'instance : c'est là le principal intérêt qu'il peut avoir à poursuivre l'homologation. La loi lui reconnaît ce droit, puisqu'elle autorise les héritiers de l'adoptant à intervenir dans la procédure (art. 360). Dès lors, pourquoi ne pas poser en règle générale que les effets de l'adoption, une fois celle-ci devenue parfaite, remontent au jour où l'acte est dressé par le juge de paix [2] ?

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

108. On peut définir la tutelle officieuse : un acte juridique, par lequel une personne, en se soumettant aux obliga-

[1] Zachariæ, I, § 158; Laurent, IV, n. 214. — Cpr. Code civ. allemand, art. 1754.

[2] Duranton, III, n. 322, note 2; Marcadé, II, n. 119; Aubry et Rau, VI, § 559, texte et note 9; Demolombe, VI, n. 120, 121; Huc, III, n. 130 et 134. — Il n'y a pas lieu de distinguer, comme le propose Grenier, *op. cit.*, n. 25 et 26, entre les effets que l'adoption produit *inter partes* et ceux qu'elle produit à l'égard des tiers. — Cpr. Code civ. italien, art. 217.

tions de la tutelle ordinaire, s'impose de plus l'obligation de nourrir gratuitement son pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie, le tout en vue de l'adopter plus tard.

On voit par cette définition que la tutelle officieuse est destinée à servir de préparation à l'adoption; c'est en effet dans cette vue que le législateur l'a instituée. Mais il ne suffit pas de décréter une institution pour la faire passer dans les mœurs. La tutelle officieuse est à peu près inconnue dans la pratique. Le motif en est facile à découvrir : la bienfaisance aime à s'exercer librement. Celui qui se propose d'adopter un enfant doit lui fournir des soins non interrompus durant six années au moins de sa minorité; mais il aimera mieux le faire spontanément que de s'y obliger à l'avance par un titre légal. Il est vrai que la tutelle officieuse permet d'adopter l'enfant par acte testamentaire, pendant sa minorité, et après cinq années révolues depuis sa délation, mais l'expérience a montré qu'il n'y a pas là une compensation suffisante des charges très lourdes qu'entraîne la tutelle officieuse. Aussi ne consacrerons-nous à cette institution que des explications assez brèves.

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME REQUISES POUR LA TUTELLE OFFICIEUSE

109. La tutelle officieuse se forme par une convention, à laquelle sont parties, d'une part, l'individu qui veut acquérir le titre de tuteur officieux, et, d'autre part, les représentants de l'enfant. Les personnes dont le tuteur officieux doit obtenir le consentement sont indiquées par l'art. 361 ainsi conçu : « *Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants* » *ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité* » *d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra deve-* » *nir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des* » *père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou,* » *à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant* » *n'a point de parents connus, en obtenant le consentement*

« *des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou* « *de la municipalité du lieu de sa résidence* » (1).

110. La tutelle officieuse étant, dans l'esprit des rédacteurs du code civil, une préparation à l'adoption, les conditions requises, soit dans la personne du pupille, soit dans celle du tuteur officieux, sont analogues à celles qui sont exigées en matière d'adoption.

1° « *Cette tutelle*, nous dit l'art. 364, al. 1, *ne pourra avoir* « *lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans* ».

2° Bien que la loi ne le dise pas, il convient de décider que le même enfant ne peut pas, en même temps, être placé sous la tutelle officieuse de plusieurs personnes, si ce n'est de deux époux. Car nul ne peut être adopté par plusieurs (2).

3° Celui qui veut devenir tuteur officieux doit être âgé de plus de cinquante ans (art. 361).

4° Il faut qu'il soit sans enfants ni descendants légitimes au moment où la tutelle lui est conférée (art. 361).

5° S'il est marié, il faut qu'il obtienne le consentement de son conjoint. Art. 362 : « *Un époux ne peut devenir tuteur* « *officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint* ». Ce consentement ne peut pas être suppléé par l'autorisation de la justice (3).

6° Ajoutons enfin que la personne qui veut se faire conférer la tutelle officieuse doit être capable d'exercer la tutelle ordinaire. Car il s'agit d'une tutelle (4). Cependant une femme peut accepter la tutelle officieuse, bien que, en principe, les femmes ne puissent pas être chargées de la tutelle. L'adoption étant permise aux femmes, la tutelle officieuse doit également leur être accessible. L'art. 361, il est vrai, ne dit pas, comme le fait l'art. 343 : tout individu *de l'un ou de l'autre sexe*. Mais, d'abord, le mot individu, employé seul, est assez compréhensif pour qu'il puisse être appliqué aux femmes

(1) La disposition finale de l'art. 361 a été modifiée, en ce qui concerne les pupilles de l'Assistance publique, par l'art. 18 de la loi du 27 juin 1904. V. *infra*, n. 111 *bis*.

(2) Demolombe, VI, n. 223-224; Demante, II, n. 99 *bis*; Aubry et Rau, VI, § 564, p. 14.

(3) Paris, 10 août 1899, D., 99. 2. 528, S., 99. 2. 71. — Cpr. *supra*, n. 24.

(4) Zachariæ, I, § 182, p. 356; Aubry et Rau, *loc. cit.*

aussi bien qu'aux hommes. Puis l'art. 362, en disant qu'*un époux* ne peut devenir tuteur officieux sans le consentement de son conjoint, laisse clairement à entendre que la tutelle officieuse peut être conférée à l'un ou à l'autre des deux époux [1].

111. L'art. 363 détermine les conditions de forme du contrat : « *Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse* ». La loi n'exige, ni l'homologation de la justice, ni l'inscription sur les registres de l'état civil.

111 *bis.* Sous le nom de tutelle officieuse, les lois du 24 juil. 1889 et du 27 juin 1904 organisent une institution qui diffère, à certains égards, de celle dont nous venons de parler. Nous étudierons plus loin (*infra,* n. 282), la tutelle officieuse qui peut être instituée au cours d'une instance en déchéance de la puissance paternelle, conformément à l'art. 13 de la loi du 24 juillet 1889. La loi du 27 juin 1904, *sur le service des enfants assistés,* contient une disposition plus générale, dont nous nous bornerons à dire ici quelques mots. L'assistance publique est autorisée par cette loi à confier à des particuliers la garde des enfants placés sous sa tutelle. Le gardien de l'enfant peut en devenir le tuteur officieux, en satisfaisant aux conditions de fond et de forme déterminées par l'art. 18, qui est ainsi conçu : « *Toute remise de l'enfant à d'autres que ses parents ou grands parents, même quand il est confié en vue d'une adoption ultérieure, ne peut avoir lieu que sous réserve de la tutelle. — Toutefois, lorsque l'enfant a été confié pendant trois ans à un particulier à titre gratuit, ce dernier, même s'il est âgé de moins de cinquante ans et l'enfant de plus de quinze ans, peut, en obtenant le consentement du conseil de famille, devenir le tuteur officieux de l'enfant. — Le juge de paix du domicile de l'enfant dresse procès-verbal de la demande et du consentement ; ces pièces et le procès-verbal sont visés pour timbre et enregistrés gratis* ».

[1] Toullier, II, n. 1026 ; Duranton, III, n. 334, note 1 ; Chardon, *De la puissance tutél.*, n. 63 ; Zachariæ, *loc. cit.* ; Demolombe, VI, n. 221 ; Huc, III, n. 146.

Comme on le voit par les dispositions qui précèdent, la tutelle officieuse dont il est question dans le texte n'est pas nécessairement conférée en vue d'une adoption ultérieure. Aussi est-elle dispensée de certaines des conditions auxquelles le code civil soumet la tutelle officieuse : la loi n'exige pas que le tuteur officieux ait plus de cinquante ans, ni que l'enfant ait moins de quinze ans révolus. Le consentement requis pour l'établissement de la tutelle officieuse est donné, devant le juge de paix du domicile de l'enfant, par le conseil de famille nommé conformément à l'art. 12 de la loi du 27 juin 1904.

SECTION II

DES EFFETS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

112. La tutelle officieuse permet à celui qui en est investi de conférer à son pupille l'adoption par acte testamentaire. Nous nous bornerons à rappeler cet effet de la tutelle officieuse sur lequel nous nous sommes précédemment expliqués.

113. La tutelle officieuse confère au tuteur des droits et fait naître à sa charge certaines obligations. A cet égard, l'acte reçu par le juge de paix peut contenir des stipulations particulières (art. 364, al. 2). Si les parties n'ont fait aucune convention sur ce point, la tutelle officieuse produit les deux effets généraux qui suivent :

1° Le tuteur officieux a, en général, les mêmes droits et est tenu des mêmes obligations que le tuteur ordinaire.

2° Il contracte deux obligations spéciales : l'une directe et principale : c'est l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie (art. 364) ; l'autre subsidiaire et accessoire : c'est l'obligation, s'il n'adopte pas le pupille, d'indemniser celui-ci de l'incapacité où il pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance (art. 369).

Reprenons ces deux points.

114. I. Le tuteur officieux a, en général, les mêmes droits et les mêmes obligations que le tuteur ordinaire. Car il est dans la situation d'un tuteur.

L'application de cette règle ne présente aucune difficulté

lorsque l'enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle [1]. Mais il en est autrement lorsque, le pupille ayant encore ses père et mère ou l'un d'eux, ceux-ci sont investis de la puissance paternelle. Il y a lieu, dans ce cas, de faire le départ des droits qui restent attachés à l'exercice de la puissance paternelle et de ceux qui sont transférés au tuteur officieux, et cette détermination est assez délicate.

La garde de la personne du mineur appartient toujours au tuteur officieux. Car tel est précisément le but de la tutelle officieuse. Les textes sont favorables à cette solution. L'art. 364 nous dit que le tuteur contracte l'obligation d'élever le pupille; aux termes de l'art. 365, le tuteur a l'administration de la personne du mineur, et la loi ne distingue pas suivant que l'enfant est ou non soumis à la puissance de ses parents [2].

De ce que le tuteur officieux a la garde de la personne du mineur, il semblerait logique de conclure que le droit de correction, corollaire du droit de garde et d'éducation, lui appartient également [3]. L'opinion contraire est cependant généralement admise, malgré les inconvénients qu'elle présente et les conflits qu'elle rend possibles entre les parents et le tuteur [4].

Le père ou la mère du pupille conserve son droit de jouissance légale sur les biens appartenant à celui-ci. Il faudrait un texte pour le lui enlever, et ce texte fait défaut.

De là il faut conclure que le père ou la mère garde l'administration *suo nomine* des biens dont il a l'usufruit. C'est la conséquence du droit de jouissance dont il est investi. Mais les autres biens du pupille sont confiés à l'administration du

[1] Dans ce cas, le tuteur officieux, comme le tuteur ordinaire, a la garde de la personne du pupille (art. 450) et l'administration des biens de celui-ci (art. 365 et 450); ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121; il doit lui être nommé un subrogé tuteur (art. 420). — V. cep. Zachariæ, I, § 182, texte et note 7.

[2] Marcadé, II, n. 126; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 534; Demante, II, n. 104 *bis*; Demolombe, VI, n. 233; Leloir, *Code de la puiss. pat.*, I, n. 563. — Cpr. Proudhon, II, p. 230, 231; Duranton, III, n. 339; Laurent, IV, n. 240.

[3] Cpr. Chardon, *op. cit.*, n. 69.

[4] Proudhon, II, p. 231; Duranton, *loc. cit.*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.*; Aubry et Rau, VI, § 564, texte et note 5; Demante, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 234; Leloir, *loc. cit.*

tuteur officieux, qui sera même, quant à la nue propriété des biens grevés de l'usufruit paternel, le représentant légal du mineur. Cette solution ne nous paraît pas douteuse, malgré les termes de l'art. 365 : « *Si le pupille a quelque bien,* nous « dit ce texte, *et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille* ». La loi prévoit uniquement le cas où le mineur était antérieurement en tutelle et semble dire par conséquent que, dans l'hypothèse contraire, le père conserve, en vertu de l'art. 389, l'administration des biens du mineur. D'autre part, elle confie en termes généraux l'administration des biens au tuteur officieux, lorsque la tutelle était déjà organisée, sans distinguer entre ceux dont le père ou la mère a la jouissance légale et ceux dont il n'a pas l'usufruit. Mais si l'on devait prendre à la lettre les termes de l'art. 365, on arriverait à des solutions difficilement explicables. L'interprétation que nous proposons est beaucoup plus rationnelle et répond mieux, croyons-nous, à l'intention des rédacteurs du code civil [1].

Les biens du tuteur officieux sont grevés de l'hypothèque légale du mineur. Telle est, du moins, l'opinion généralement admise. Il en est ainsi, non seulement dans le cas où la tutelle était ouverte antérieurement, mais même aussi dans le cas où le mineur n'était pas déjà en tutelle. Sans doute, le père administrateur légal n'était pas grevé de l'hypothèque légale. Mais le tuteur officieux administre à un autre titre; il ne succède pas à l'administration légale du père. C'est un véritable tuteur [2].

[1] Toullier, II, n. 1029; Chardon, *op. cit.*, n. 71; Marcadé, II, n. 125; Zachariæ, I, § 182, p. 358; Demante, *loc. cit.*; Aubry et Rau, VI, § 564, texte et note 1; Demolombe, VI, n. 235; Ancelot sur Grenier, *De l'adoption*, p. 583, note a; Huc, III, n. 150. — Cpr. Duranton, *loc. cit.*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 533; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 183, note 1; Laurent, IV, n. 240.

[2] Duranton, III, n. 341; Persil, *Du rég. hyp.*, art. 2121, n. 34; Chardon, *op. cit.*, n. 87; Zachariæ, I, § 183, note 1; Ancelot sur Grenier, *op. cit.*, p. 583, note *a*; Aubry et Rau, VI, § 564, p. 141; Troplong, *Des priv. et hyp.*, II, n. 425; Demolombe, VI, n. 236; Laurent, IV, n. 240; Huc, III, n. 151; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du mandat, des priv. et hyp.*, II, n. 1185. — *Contra* Pont, *Des priv. et hyp.*, art. 2121, n. 156; Marcadé, II, n. 131; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*

Par application du même principe, on admet aussi, en général, qu'un subrogé tuteur doit être adjoint, dans tous les cas, au tuteur officieux [1]. La question est cependant controversée. Plusieurs auteurs décident qu'il faut sans doute nommer un subrogé tuteur lorsque la tutelle officieuse est substituée à la tutelle ordinaire, mais qu'il en est autrement lorsque le mineur n'était pas antérieurement en tutelle. Car la tutelle officieuse est une tutelle d'une nature particulière qui se suffit à elle-même et n'est pas soumise aux règles de la tutelle ordinaire [2].

Aux termes de l'art. 370 : « *Le tuteur officieux qui aurait » eu l'administration de quelques biens pupillaires, en devra » rendre compte dans tous les cas* ». Dans tous les cas, c'est-à-dire même s'il a adopté son pupille.

115. II. La tutelle officieuse engendre à la charge du tuteur officieux l'obligation de nourrir gratuitement le mineur et de le mettre en état de pourvoir à sa subsistance. Le tuteur ne peut donc imputer sur les revenus de son pupille les dépenses qu'il a faites pour l'entretien et l'éducation de celui-ci (art. 365). L'obligation qui pèse sur le tuteur a une sanction que nous étudierons plus loin (*infra,* n. 120 s.).

C'est surtout en ce qui concerne l'éducation du mineur que les stipulations particulières autorisées par l'art. 364 présentent de l'utilité. Par une clause de la convention, on fixera, par exemple, l'éducation qui doit être donnée au pupille et l'indemnité qu'il pourra réclamer éventuellement [3].

SECTION III

DE LA CESSATION DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

116. La tutelle officieuse est une tutelle. Elle est donc soumise en principe aux règles de la tutelle. Elle cesse, en

(1) Ancelot, *loc. cit.;* Chardon, *op. cit.,* n. 72; Aubry et Rau, VI, § 563, texte et note 3; Demolombe, VI, n. 237; Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.*

(2) Duranton, III, n. 340; Marcadé, *loc. cit.;* Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 182, note 7.

(3) V. sur ce point Demolombe, VI, n. 240 à 242.

conséquence, par les mêmes causes qui mettent fin à la tutelle ordinaire.

117. L'art. 367 prévoit le cas où le tuteur est mort avant la majorité de son pupille, sans avoir conféré à celui-ci l'adoption par acte testamentaire : « *Dans le cas où le tuteur officieux mourrait, soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation* ».

118. La majorité du pupille met fin à la tutelle officieuse. Deux hypothèses doivent alors être distinguées :

119. I. Le tuteur officieux veut réaliser son projet d'adoption. L'art. 368 dit à ce sujet : « *Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tous points, les mêmes* ». La loi parle seulement des formes dans lesquelles l'adoption sera contractée; elle ne nous dit rien des conditions auxquelles elle sera soumise. Mais il faut suivre à cet égard les règles écrites dans le chapitre Ier, qui constituent le droit commun en matière d'adoption. Ces règles sont applicables par cela seul qu'il n'y est pas dérogé par la loi (1). Si le pupille refuse l'adoption, il n'a droit à aucune indemnité.

120. II. Si, au contraire, le tuteur n'adopte pas son pupille devenu majeur, la loi confère à ce dernier certains droits qui sont déterminés par l'art. 369 de la manière suivante : « *Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité*

(1) Marcadé, II, n. 129; Duranton, III, n. 344; Aubry et Rau, VI, § 564, texte et note 14; Demante, II, n. 107 bis; Demolombe, VI, n. 253. — Cpr. Grenier, *op. cit.*, n. 53.

» *où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance.*
» — *Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui pro-*
» *curer un métier; le tout, sans préjudice des stipulations qui*
» *auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas* ».

Ainsi les parties peuvent, dans l'acte de tutelle officieuse, régler l'indemnité que le tuteur devra fournir à son pupille. A défaut de convention spéciale, la loi indique les cas dans lesquels cette indemnité pourra être réclamée et en détermine le montant. Le tuteur doit fournir à l'enfant, à titre d'indemnité, des secours propres à procurer à celui-ci un *métier*, c'est-à-dire une profession manuelle. L'obligation qui lui est imposée ne s'étend pas plus loin; elle est toujours la même, quelles que soient l'éducation donnée jusque-là au pupille et les habitudes que celui-ci a pu contracter chez le tuteur officieux [1]. Le tuteur en est d'ailleurs tenu, quelle que soit la cause pour laquelle il n'adopte pas son pupille, alors même que cette cause serait indépendante de sa volonté. Ainsi il doit l'indemnité, si son conjoint refuse de consentir à l'adoption, ou si celle-ci est rendue impossible par la survenance d'un enfant légitime.

121. Pour que le pupille puisse réclamer cette indemnité, deux conditions sont requises par la loi.

1° Il faut que le pupille ne soit pas, à sa majorité, en état de *gagner sa vie*. Que faut-il entendre par là? si le pupille devenu majeur possède des biens dont les revenus suffisent à assurer sa subsistance, peut-il demander à son tuteur une indemnité, sous le prétexte que celui-ci ne lui a pas donné d'état le mettant en mesure de gagner actuellement sa vie, abstraction faite de ses revenus? Dans le sens de l'affirmative, on peut dire que le tuteur s'est obligé à procurer un état à son pupille et que son engagement n'a pas été tenu. Mais il paraît plus conforme à l'esprit de la loi de décider que cette obligation pèse sur le tuteur dans le cas seulement où, par suite de l'insuffisance des revenus du pupille, celui-ci a besoin de pourvoir, par son travail, à sa subsistance [2].

[1] V. cep. Laurent, IV, n. 241.
[2] Demante, II, n. 108; Grenier, *loc. cit.*

Cette dernière opinion nous semble cependant ne devoir être admise que sous certaines réserves, et, pour apprécier équitablement si le tuteur peut être accusé d'avoir manqué à ses engagements, il faut, à notre avis, tenir compte des circonstances. Si le pupille n'a qu'une fortune minime, dont les revenus soient juste suffisants pour le faire vivre, il peut être parfois fondé à reprocher à son tuteur de ne pas lui avoir donné une éducation professionnelle lui permettant d'augmenter ses ressources et de créer une famille. Au contraire, si le pupille, étant donné sa fortune personnelle, peut aspirer à l'exercice d'une profession libérale, dont on n'est pas généralement pourvu à vingt et un ans, il ne peut sérieusement faire un grief à son tuteur de ne pas lui avoir fait apprendre un métier manuel [1].

2° L'art. 369 veut encore, pour que l'indemnité soit due, que le pupille ait, dans les trois mois qui suivent sa majorité, requis son ancien tuteur de lui conférer l'adoption et que ces réquisitions soient restées sans effets. Cette condition a donné lieu à certaines difficultés. Beaucoup d'auteurs enseignent que le délai fixé par l'art. 369 est établi en faveur du tuteur, pour lui permettre de réfléchir sur la convenance de l'adoption. Tout ce qui résulte de l'art. 369, c'est, dit-on, que le tuteur ne peut être condamné à payer l'indemnité avant l'expiration du délai de trois mois. Mais la loi n'exige pas que le pupille agisse dans ce délai, à peine de déchéance, pour réclamer de son tuteur qu'il l'adopte, ou, à défaut, lui paie une indemnité. Autrement le pupille qui, par déférence pour son ancien tuteur, ne le somme pas de se prononcer, serait moins bien traité que le pupille, impatient et irrespectueux, qui prend dès le jour de sa majorité l'attitude d'un créancier impitoyable. En conséquence, on accorde au pupille, pour formuler sa réclamation, le délai par lequel s'accomplit d'ordinaire la prescription, c'est-à-dire trente ans [2]. Quelques auteurs réduisent ce délai à dix ans; car, disent-ils, il s'agit d'une action relative aux faits de la tutelle, à laquelle

[1] Aubry et Rau, VI, § 564, note 12; Demolombe, VI, n. 250.

[2] Valette sur Proudhon, I, p. 232, note *a*; Marcadé, II, n. 130; Duvergier sur Toullier, II, n. 1165, note *a*.

il convient, dès lors, d'appliquer la règle de l'art. 475 [1].

Ces diverses solutions nous paraissent devoir être écartées. L'art. 369 ne dit pas seulement que le tuteur a trois mois pour mûrir sa décision. Il dit très clairement que le pupille n'a droit à une indemnité que si, dans les trois mois, il a requis son ancien tuteur de lui conférer l'adoption. Il n'y a là, quoi qu'on en dise, rien d'irrationnel. Le pupille est, par hypothèse, hors d'état de gagner sa vie. Sa situation ne peut pas demeurer trop longtemps indécise. La loi l'avertit qu'il doit agir tout de suite, ou du moins à bref délai, ou renoncer à ses espérances. C'est l'idée que Cambacérès a exprimée au cours des travaux préparatoires. « Il faut, a-t-il dit, que l'action résultant de cette obligation se prescrive par un laps de temps fort court » [2]. En définitive, quand le pupille laisse passer sans réclamer le délai de trois mois, la loi présume qu'il a renoncé à l'adoption et à l'indemnité [3].

Il est clair d'ailleurs que, si les réclamations faites par le pupille dans le délai légal sont restées sans effet, le droit à l'indemnité échappe désormais à la prescription de trois mois. Il se prescrira par trente ans, conformément au droit commun.

122. Telles sont les conditions requises pour que le pupille puisse réclamer une indemnité. Les tribunaux ne sont d'ailleurs pas tenus de faire droit à sa demande. L'art. 369, par les termes qu'il emploie « *pourra être condamné* », leur reconnaît sur ce point un pouvoir discrétionnaire. Par exemple, la demande d'indemnité pourra être écartée, si c'est par sa faute, par sa paresse et son inconduite, et non point par la faute du tuteur, que le pupille se trouve actuellement dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins.

(1) Demante, II, n. 108 *bis*, IV.

(2) Locré, VI, p. 569.

(3) Proudhon, I, p. 232; Toullier, II, n. 1035; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 533; Zachariæ, et Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 183, note 5; Aubry et Rau, VI, § 564, note 9; Demolombe, VI, n. 249; Laurent, IV, n. 241; Huc, III, n. 150.

DE

LA PUISSANCE PATERNELLE

(Livre I, titre IX du Code civil).

---

123. Dans les titres qui précèdent, le législateur s'est occupé de la constitution de la famille. Dans celui-ci et dans le suivant, il va s'occuper du pouvoir domestique, qui s'exerce sous forme de puissance paternelle et de tutelle sur des enfants mineurs.

124. La *patria potestas* du droit romain diffère profondément de la puissance paternelle organisée par notre législation [1].

La famille romaine nous apparaît, au début, comme un groupe social fortement constitué, dont tous les membres sont unis par les liens d'une étroite solidarité. A la tête de ce groupe est un chef, le *paterfamilias*. C'est celui dont les autres descendent en légitime mariage, ou sont censés descendre par suite de l'adoption ou de l'adrogation. Ce chef est nécessairement un homme; les femmes sont exclues de la puissance paternelle. D'autre part, le père n'est pas toujours investi de la puissance paternelle sur ses propres enfants. S'il est lui-même en puissance, son autorité s'efface devant celle de l'aïeul. S'il est *sui juris,* et que d'ailleurs les liens de l'agnation ne soient pas rompus entre lui et ses enfants, la *patria potestas* lui appartient sur ceux-ci, non parce qu'il est leur père, mais parce qu'il est le chef. A ce titre, il exerce cette puissance, non seulement sur ses enfants légitimes ou adoptifs, mais aussi sur les descendants de ceux-ci.

[1] Sur l'organisation de la puissance paternelle chez les peuples de l'antiquité, v. Lallemand, *Hist. des enf. aband. et délaissés,* ch. I, II et III.

Le *paterfamilias* joue, dans la famille, le rôle de grand-prêtre, de magistrat et d'administrateur. Grand-prêtre, il préside au culte familial. Magistrat domestique, il exerce le pouvoir judiciaire sur les personnes soumises à son autorité. Enfin il administre les intérêts collectifs du groupe dont il est le chef. C'est lui qui est chargé de le représenter dans les relations juridiques avec les tiers. Ses pouvoirs s'étendent donc à la fois sur les personnes et sur les biens.

Sur les personnes, le *paterfamilias* est armé de pouvoirs extrêmement étendus. Il peut employer les membres de la famille aux travaux qu'il juge convenables. Il a le droit de leur infliger les peines les plus sévères et de les faire exécuter. Sur ses enfants en puissance, il a le *jus vitæ necisque*. La loi lui permet de louer leurs services, même de les aliéner par le moyen de la mancipation. Il peut exposer les enfants nouveau-nés, de même qu'il a la faculté d'abandonner un esclave, un animal, une chose inanimée. Ses droits ressemblent à ceux du propriétaire. Comme celui-ci, il peut exercer l'action en revendication pour réclamer les personnes placées sous sa puissance [1].

Les pouvoirs du *paterfamilias* sur les biens sont aussi extrêmement étendus. Les personnes placées sous sa puissance ne possèdent pas de patrimoine propre. Toutes les acquisitions réalisées par le fils de famille viennent se fondre dans le patrimoine collectif de la famille. Elles profitent au *paterfamilias*, qui, ayant seul le droit de disposer des biens de la famille, en est considéré, en droit, comme le propriétaire.

En résumé, la puissance paternelle, dans le droit romain primitif, revêt un caractère tout différent de celui qu'elle présente dans les législations modernes. Ce n'est pas une institution tutélaire organisée dans l'intérêt de l'enfant. L'enfant y est soumis quel que soit son âge, et, par suite, la puissance paternelle peut porter, en fait, sur des personnes qui, depuis longtemps, n'ont plus besoin de protection. On dit

[1] Gaius, I, § 134; L. 1, § 2, D., VI, 1. — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2e édit., p. 131.

souvent que la *patria potestas* est organisée dans l'intérêt du père. Il serait peut-être plus exact de dire qu'elle l'est dans l'intérêt de la famille, dont elle a pour but de maintenir l'unité et la cohésion. Cette forte constitution de la famille tend aussi à assurer la perpétuité des fortunes privées, nécessaire dans une société oligarchique comme l'était la Rome primitive. Par elle également sont conservées les traditions religieuses et les traditions nationales, qui alors étaient confondues [1].

Ce serait d'ailleurs se faire une idée inexacte de la puissance paternelle dans le vieux droit romain, que d'en juger exclusivement d'après les principes que nous venons d'indiquer. Il est essentiel de tenir compte en cette matière de l'influence des mœurs et de la religion, toutes puissantes à l'époque à laquelle nous nous sommes placés. Sans doute, le chef de famille était armé de pouvoirs souverains dans l'exercice de sa magistrature domestique. Mais les mœurs et la religion lui faisaient un devoir de n'en pas abuser [2], et ce devoir était sanctionné par l'intervention du censeur, dont le contrôle, pour s'exercer dans l'ordre moral, n'en était pas moins efficace.

Enfin, si en droit la mère était privée de toute autorité, en fait il en était autrement. Les mœurs lui assignaient dans la famille une place respectée. Les enfants étaient tenus envers elle d'un devoir de déférence et elle exerçait une influence incontestée sur la direction de leur éducation.

La puissance paternelle conserva son énergie primitive tant que l'austérité des mœurs et l'influence des idées religieuses fournirent un contrepoids à l'autorité toute puissante du chef de famille. Mais à la fin de la République, des causes sociales et économiques produisirent un commencement de désagrégation de la famille. On sentit le besoin de donner à l'individu plus de liberté et d'indépendance au point de vue économique ; la vieille idée de la copropriété familiale s'effaça de plus en plus pour faire place à la conception de la

(1) Accarias, *Précis de dr. romain*, I, n. 75 *in fine*.
(2) Lallemand, *op. cit.*, p. 49.

propriété individuelle. D'autre part, le relâchement des mœurs fit craindre des abus dans l'exercice de la puissance paternelle, et les faits démontrèrent que ces craintes n'étaient pas vaines. Le législateur dut intervenir pour limiter les pouvoirs du *paterfamilias* et pour sauvegarder les droits des personnes placées sous son autorité. A l'époque classique, on enlève au père le droit de vie et de mort. Les constitutions impériales punissent de la peine du parricide le père coupable du meurtre de son fils [1]; elles contraignent, dans certains cas, le père de famille à émanciper son enfant [2]. Le droit d'aliéner l'enfant placé sous sa puissance, déjà restreint par les XII Tables et par la jurisprudence postérieure, est à peu près supprimé depuis Caracalla [3]. L'enfant exposé par le père de famille est libéré de la *patria potestas* [4].

Une évolution analogue s'est produite en ce qui concerne les pouvoirs du *paterfamilias* sur les biens. Lorsque la notion de la propriété individuelle se fut affermie, le père de famille fut considéré comme le propriétaire exclusif des biens qu'il administrait. Mais, en même temps, on sentit le besoin de consacrer l'indépendance du fils de famille, en lui permettant d'acquérir un patrimoine lui appartenant en propre. C'est par la théorie des pécules que le progrès se réalisa.

Les principes anciens, maintenus en ce qui concernait le pécule profectice, furent écartés quant aux pécules *castrense* et *quasi castrense*, dont le fils de famille a la propriété et la jouissance, et quant aux *bona adventitia*, dont le fils a la propriété, mais dont le *paterfamilias* conserve la jouissance et l'administration. A l'époque de Justinien, par suite des extensions successives que la théorie des *bona adventitia* avait reçues depuis Constantin, la majeure partie des acquisitions faites par le fils de famille tombent dans cette catégorie de biens, qui constitue dès lors le droit commun [5].

[1] L. 5, D., XLVIII, 9; L. 2, D., XLVIII, 8; L. unic., C., IX, 17.

[2] L. 5, D., XXXVII, 12; L. 6, C., XI, 40.

[3] L. 1, C., VII, 16; L. 1 et 2, C., IV, 43; L. 1, C. Th., V, 8; Inst. de Just., IV, 8, 2.

[4] L. 1, C. Th., V, 7; L. 2, C., VIII, 52. — Sur tous ces points, v. Lallemand, op. cit., p. 51 et 52.

[5] L. 6, pr. et § 1, C., VI, 61.

Tels sont les rapports que la puissance paternelle établit entre le père et l'enfant. Ces rapports durent, en principe, pendant toute la vie du père et de l'enfant. La *patria potestas* a un caractère de perpétuité qui s'explique aisément par le but de cette institution. Il était cependant certains cas dans lesquels la puissance paternelle prenait fin du vivant du *paterfamilias*. Il en était ainsi notamment lorsque la fille contractait un mariage *cum manu,* ou lorsque l'enfant était émancipé ou donné en adoption. L'extinction de la puissance paternelle était la conséquence de la *capitis deminutio* subie par l'enfant. Celui-ci échappait à la puissance du père, parce qu'il se trouvait désormais exclu de la famille civile et qu'il y perdait ses droits. D'autre part, dans certaines hypothèses, lorsque le père se montrait indigne des pouvoirs qui lui étaient conférés, la loi intervenait pour soustraire l'enfant à son autorité, soit en contraignant le père à l'émanciper, soit même en déclarant l'enfant *sui juris,* ce qui était une véritable déchéance légale de la puissance paternelle. De même encore, l'enfant était affranchi de la puissance paternelle par la collation de certaines dignités. Enfin, la *patria potestas* étant une institution du *jus civile* et non pas du *jus gentium,* et ne pouvant, dès lors, ni appartenir à un étranger, ni porter sur un individu n'ayant pas le droit de cité romaine, la perte du *jus civitatis* par le père ou par l'enfant entraînait l'extinction de la *patria potestas*. Inversement, l'acquisition de la cité romaine par le père et par le fils avait ou du moins pouvait avoir pour conséquence l'acquisition de la *patria potestas*.

Pour en terminer avec cette rapide esquisse de la puissance paternelle à Rome, il nous reste à présenter une observation importante. Ce que nous avons dit est vrai seulement des enfants issus d'un mariage légitime. Il n'y a pas, en droit romain, de puissance paternelle sur les enfants naturels, même sur les enfants nés *ex concubinatu,* qui ont cependant un père légalement certain. Les enfants illégitimes sont, en effet, exclus de la famille agnatique. Dès lors, ils ne peuvent être placés sous l'autorité du chef de cette famille. Mais, tant que la loi n'eut pas interdit l'adoption des enfants naturels, ils purent tomber, par l'adoption, sous la puissance de leur

père. De même aussi, lorsque la légitimation fut admise, elle eut pour effet principal de faire acquérir au père la puissance paternelle sur ses enfants légitimés.

125. *De la puissance paternelle dans les pays de droit écrit.* — Ce sont les règles en vigueur du temps de Justinien que nous retrouvons en général dans nos anciens pays de droit écrit. La puissance paternelle du droit romain y est admise avec le caractère de dureté et d'austérité qui la distingue dans cette législation, mais avec certains adoucissements dus à l'usage et à la jurisprudence des Parlements (1). Comme à Rome, elle ne porte que sur les enfants légitimes. Le père n'en est investi qu'autant qu'il ne se trouve pas lui-même placé sous la puissance de son père (2). De même encore les femmes sont exclues de la puissance paternelle ; cependant les mœurs attribuent à la mère une autorité raisonnable, quant à l'éducation de ses enfants (3).

Pendant longtemps la magistrature domestique du père de famille conserve son énergie. Au XVIIe siècle encore, nous voyons un Parlement statuer, en appel, sur une condamnation aux galères prononcée par un père (4). Mais les juges contrôlent l'exercice de la puissance paternelle et en répriment les abus (5). Dans certains cas, ils contraignent le père à émanciper son enfant. Il en est ainsi lorsqu'il prostitue sa fille, ou lorsqu'il maltraite son enfant, l'abandonne ou lui refuse des aliments (6).

En ce qui concerne les biens, ce sont aussi les règles du droit romain qui sont, en général, observées. Voici quels sont, à cet égard, les principaux effets de la puissance paternelle.

(1) V. Bergeilles, *Recherches historiques sur le droit écrit (Puissance paternelle)*, thèse, Bordeaux, 1903.

(2) La règle générale admise dans les pays de droit écrit était en effet que le fils de famille n'était pas émancipé par son mariage. Dès lors, l'autorité du père s'effaçait devant celle de l'aïeul. Merlin, *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, sect. II ; Argou, *Instit. au dr. franç.*, I, p. 25 (XIe édit.).

(3) Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, n. 3 ; de Cormis, *Rec. de consultat. sur diverses mat. civiles*, ch. LXV.

(4) Merlin, *op. et v° cit.*, sect. III, § I.

(5) Vedel, *Observat. sur les arrêts remarq. de Catellan*, liv. IV, ch. XXVII ; Merlin, *loc. cit.*

(6) Boutonnier sur Henrys, II, p. 722.

1° En vertu du Sénatus-consulte Macédonien, le fils de famille, quel que soit son âge, ne peut pas s'obliger valablement pour cause de prêt (1).

2° Le père de famille a l'usufruit des biens adventices de ses enfants ou petits-enfants en puissance. Il en est cependant privé dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit de biens qui ont été donnés ou légués à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas la jouissance (2). Quant aux pécules *castrense* et *quasi-castrense*, ils appartiennent à l'enfant en toute propriété (3).

3° Les enfants de famille peuvent tester sur leurs pécules *castrense* et *quasi-castrense*. Mais ils ne le peuvent pas relativement à leurs biens adventices, et même le consentement de leur père est impuissant à les relever de cette incapacité (4).

4° Les donations entre vifs faites par le père de famille à son enfant en puissance sont toujours révocables, à l'exception de celles qui sont faites par contrat de mariage (5).

Tels sont les principaux effets de la puissance paternelle dans les pays de droit écrit. Elle y avait conservé le caractère de perpétuité qu'elle possédait en droit romain. L'enfant y était soumis, quel que fût son âge (6). La puissance paternelle cessait cependant par l'émancipation, qui, ainsi qu'on l'a vu, pouvait dans certains cas être imposée au père. La collation à l'enfant de certaines dignités, sur l'énumération desquelles on n'était pas d'ailleurs d'accord, le faisait également sortir de la puissance paternelle.

126. *De la puissance paternelle dans les pays de coutumes.* — Nous trouvons, dans les pays de coutumes, une organisation de la puissance paternelle toute différente de celle du droit romain. Cette organisation varie suivant les régions. Mais, de

(1) Argou, *op. cit.*, I, p. 22; Bretonnier, *Rec. des princip. quest. de dr.*, 4e édit., v° *Puiss. patern.*, p. 100, v° *Fils de famille;* Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Puiss. patern.*

(2) Argou, *loc. cit.;* Bretonnier, *op. cit.*, v° *Puiss. patern.*, p. 103; Ferrière, *loc. cit.;* Bretonnier sur Henrys, II, p. 718.

(3) Argou, *op. cit.*, I, p. 23; Ferrière, *loc. cit.*

(4) Bretonnier, *op.* et v° *cit.*, p. 101; Bretonnier sur Henrys, II, p. 717.

(5) Boucher d'Argis sur Bretonnier, *op.* et v° *cit.*, p. 105; Ferrière, *loc. cit.;* Argou, *loc. cit.;* Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

(6) Ferrière, *loc. cit.;* Bretonnier, *Recueil des pr. quest.*, v° *cit.*, p. 112 s.

la diversité des règles coutumières, on peut dégager une idée commune. C'est celle que Dumoulin et Loysel expriment par l'adage : Droit de puissance paternelle n'a lieu [1]. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que, dans les pays de coutumes, les parents sont destitués de toute autorité sur la personne de leurs enfants. La maxime traditionnelle signifie simplement que la puissance paternelle des coutumes n'est pas la *patria potestas* du droit romain, que notamment elle n'a pas le caractère de perpétuité que celle-ci possédait. L'autorité conférée au père sur son enfant lui est reconnue par la loi afin de lui permettre de mieux remplir ses devoirs envers celui-ci ; or ces devoirs sont d'autant plus stricts que l'enfant est plus jeune et a plus besoin de protection. D'où il suit que les pouvoirs du père, contrepartie de ses obligations, sont d'autant plus étendus que l'enfant est plus jeune.

En somme, la puissance paternelle des pays de coutumes est surtout organisée dans l'intérêt de l'enfant. C'est avant tout une institution tutélaire. Les auteurs la comparent en effet souvent à la tutelle. C'est, nous disent-ils, la tutelle conférée au père [2]. D'après Bourjon, l'autorité du père est « un « pouvoir de direction tempéré par la piété paternelle et qui « ne va pas au-delà selon nos mœurs » [3]. Pothier, dans son Traité des personnes [4], nous apprend que, dans les pays de coutumes, « la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses : le droit de gouverner avec autorité la personne et les droits des enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens..... et celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance ».

[1] Il est vrai que, dans certaines coutumes, il était question de puissance paternelle. Mais cette puissance paternelle des coutumes n'avait guère que le nom de commun avec l'institution romaine. V. cep. Bretonnier sur Henrys, II, p. 723 s. — La règle : *droit de puissance paternelle n'a lieu* ne s'est d'ailleurs établie dans le droit coutumier qu'au XVIe siècle. Sur le droit antérieur, v. Laferrière, *Hist. du droit français*, VI, p. 353 s. ; Beaune, *Droit coutumier français, La condition des personnes*, p. 539 s.

[2] Ferrière, *loc. cit.* ; Boucher d'Argis sur Bretonnier, *Recueil des pr. quest.*, v° *Puiss. pat.*, p. 117.

[3] Bourjon, *Dr. commun de la France*, I, p. 40.

[4] Titre VI, sect. II, p. 96.

De cette notion fondamentale découlent, dans la législation coutumière, les conséquences suivantes :

1° La mère a, comme le père, la jouissance de la puissance paternelle (1). Car, d'une part, la puissance paternelle a sa source dans la procréation. D'autre part, la mère est, comme le père, un protecteur naturel de l'enfant. Afin d'éviter des conflits d'autorité, c'est le père seul qui a, pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle. La mère ne l'exerce qu'au défaut du père, c'est-à-dire après la mort de celui-ci, ou quand il est absent ou frappé de démence.

La puissance paternelle, au sens strict du mot, n'appartient d'ailleurs qu'aux ascendants immédiats, le père et la mère. Car, ainsi que nous le verrons, dans presque toutes les coutumes, le mariage a pour effet d'émanciper l'enfant. Donc, alors même que le père n'aurait pas encore atteint sa majorité, il n'est plus, par suite de son mariage, sous la puissance de son propre père et son enfant ne peut pas s'y trouver placé.

2° La puissance paternelle est conférée aux parents naturels comme aux parents légitimes.

3° La puissance paternelle n'est pas perpétuelle. Etablie pour fournir à l'enfant une protection, elle n'a plus sa raison d'être lorsque l'enfant est en âge de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens. En d'autres termes, la puissance paternelle prend fin à la majorité de l'enfant (2). Elle cesse également par l'émancipation expresse ou tacite.

Les attributs de la puissance paternelle sont relatifs à la personne et aux biens des enfants.

Les père et mère ont le devoir d'élever leurs enfants. Pour mieux assurer l'accomplissement de ce devoir primordial, la loi leur confère certains pouvoirs. Ils ont le droit de garder l'enfant dans la maison paternelle ou de le placer dans tel établissement d'éducation qu'il leur plaît de choisir. Ils ont aussi le droit de corriger l'enfant. Le droit de correction paternelle a fait notamment l'objet de divers arrêts de règle-

(1) Ferrière, *op. cit.*, v° *Education des enfants;* Pothier, *loc. cit.*

(2) Sur ce point il y a d'ailleurs de nombreuses divergences entre les coutumes. V. Taudière, *Traité de la puiss. patern.*, p. 62; Bretonnier et Boucher d'Argis, *loc. cit.*

ment du Parlement de Paris, dont les dispositions ont été reproduites par notre code civil. Aux termes de ces arrêts, l'enfant pouvait être détenu dans une prison, soit sur l'ordre direct du père, soit en vertu d'une ordonnance du lieutenant civil, rendue *cognita causa* sur la réquisition du père ou de la mère [1].

Quant aux pouvoirs sur les biens, ils sont très diversement réglés par les coutumes. Il est cependant un principe général que l'on trouve partout : le père et, à son défaut, la mère, ont l'administration légitime des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés. Il n'est donc pas nécessaire de donner à ceux-ci un tuteur ou un curateur [2]. Dans certaines coutumes, le père a en outre l'usufruit des biens de ses enfants en vertu de la puissance paternelle [3].

Avec la puissance paternelle il ne faut pas confondre une autre institution, voisine tout à la fois de la tutelle et de la puissance paternelle. C'est celle qui est désignée sous le nom de *garde*. Les règles en seront exposées au sujet de l'usufruit légal. Disons immédiatement qu'elle se distingue de la puissance paternelle en ce qu'elle n'appartient pas aux mêmes personnes, n'est pas subordonnée aux mêmes conditions, ne produit pas les mêmes effets et enfin en ce qu'elle a des causes d'extinction qui lui sont propres.

En somme, la législation coutumière présente la plus grande diversité en ce qui concerne les attributs attachés à la puissance paternelle. Mais l'on peut dire néanmoins que le droit commun des pays de coutumes est le caractère purement temporaire de la puissance paternelle. Et c'est là un des points essentiels par lesquels l'autorité paternelle des coutumes se distingue de la puissance paternelle des pays de droit écrit.

Il ne faut pas d'ailleurs exagérer l'antithèse que nous avons établie entre les deux législations. Les mœurs en effet avaient, à défaut de la loi, introduit dans la pratique une certaine unité. L'autorité du chef de famille au foyer domestique sur-

[1] Ferrière, *op. cit.*, v° *Correction*.

[2] Ferrière, *op. cit.*, v° *Puiss. paternelle*, v° *Administration*.

[3] Taudière, *loc. cit.* ; Ferrière, *loc. cit.* ; Bretonnier, *Quest. de dr.*, *loc. cit.* ; Bretonnier sur Henrys, II, p. 724.

vivait en fait à la majorité de l'enfant et par là l'autorité paternelle, en ce qui concerne du moins les pouvoirs sur les personnes, était sensiblement la même dans le Nord et dans le Sud de la France [1].

Un autre point commun aux pays de coutumes et aux pays de droit écrit, c'était le pouvoir reconnu aux tribunaux de contrôler l'exercice de la puissance paternelle. Ce contrôle s'exerçait d'une manière assez discrète tant que durait le mariage; l'influence de la mère était alors considérée comme un contre-poids suffisant de l'autorité exercée par le père. Mais la surveillance du pouvoir judiciaire s'exerçait plus activement, soit lorsqu'il s'agissait d'enfants naturels, soit, pour les enfants légitimes, après la dissolution du mariage. Les jurisconsultes du XVIIIe siècle nous disent que « la question d'éducation est arbitraire au juge » [2]. Ainsi les Parlements intervenaient pour enlever au père le droit de garde et confier l'enfant à l'aïeul ou même à un tiers, lorsque le père abusait de son autorité [3].

127. *Epoque intermédiaire.* — Le législateur révolutionnaire voulut réagir contre les traditions anciennes, considérées comme tyranniques et contraires à la nature. Il voulut effacer les derniers vestiges de la puissance paternelle du droit écrit et faire de cette institution un simple devoir de protection au profit exclusif de l'enfant, en soumettant l'exercice de l'autorité paternelle à un contrôle rigoureux de la part de l'Etat. Aux yeux des législateurs de cette époque, les parents n'ont pas de droits, ils n'ont que des devoirs; l'enfant seul a des droits. Telle est l'idée qui domine l'œuvre révolutionnaire en notre matière.

Les décrets du 28 août 1792 et du 1er février 1793 généralisèrent la règle coutumière de la majorité émancipatrice. Seulement, l'âge de la majorité fut ramené uniformément par la loi du 20 septembre 1792 à vingt et un ans pour toute la France.

D'autre part, on chercha à assurer un contrôle sévère de

(1) Taudière, *op. cit.*, p. 73.

(2) De Cormis, *Recueil de consultations sur div. mat. mêlées*, ch. LXV.

(3) Taudière, *op. cit.*, p. 65 s.; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 12; de Cormis, *op. cit.*, ch. LXVI.

la puissance paternelle par l'institution d'un comité permanent de surveillance. Dans ce but, on voulut instituer à côté du père un organe chargé non seulement de s'opposer aux abus de l'autorité paternelle mais aussi de participer à l'exercice de cette autorité. L'on considérait, en effet, qu'il était contraire à l'ordre public et au droit naturel qu'un homme se trouvât placé sous la puissance directe d'un autre homme, fût-ce son père. La loi des 16-24 août 1790, titre X, art. 15 et 16 organisa le tribunal domestique, composé des plus proches parents de l'enfant. Le tribunal domestique avait pour mission de statuer sur la garde et l'éducation des enfants au cas de séparation de corps ou de dissolution du mariage. Pendant le mariage, le père devait lui soumettre toutes les mesures de correction prises contre l'enfant. Les sentences du tribunal n'étaient d'ailleurs exécutoires qu'après approbation du président du tribunal de district qui pouvait les confirmer ou les modifier à son gré. L'innovation de la loi de 1790 ne produisit aucun des effets qu'on en espérait. Dans la pratique, l'institution des tribunaux domestiques ne fonctionna pas (1).

Malgré cet insuccès, qui avait démontré une fois de plus que les lois sont impuissantes contre les mœurs, les projets de code civil rédigés par Cambacérès s'inspirèrent d'idées plus radicales encore. Cambacérès voulut faire du père un simple tuteur, chargé de la garde et de l'éducation de l'enfant, sous le contrôle absolu et la direction de l'Etat. « Surveillance et protection, disait-il dans son premier rapport, voilà les droits des parents » (2). En conséquence, le premier projet de Cambacérès imposait au père l'obligation d'enseigner à son fils l'agriculture ou un art mécanique (3). Le deuxième projet le déclarait déchu de la tutelle, s'il ne se conformait pas aux lois sur l'enseignement primaire obligatoire. Enfin, dans le troisième, la même déchéance était prononcée contre le père qui serait noté pour inconduite ou incivisme ou qui manquerait aux devoirs d'affection que

(1) Taudière, *op. cit.*, p. 71.
(2) Fenet, I, p. 5. — *Idde* Fenet, I, p. 102 et 150.
(3) Livre I, tit. V, art. 2 (Fenet, I, p. 25).

sa qualité lui impose [1]. Ces règles étaient d'ailleurs communes à tous les enfants sans distinction, légitimes ou naturels, même adultérins, car tous avaient des droits égaux devant la nature et la loi.

128. En somme, la Révolution avait fait table rase du passé. Elle avait voulu abolir l'autorité paternelle et enlever au père tout droit sur ses enfants, pour en faire un simple délégué de la nation. C'était aller beaucoup trop loin. Aussi la réaction ne se fit pas attendre. Le projet de code civil de l'an VIII annonça l'intention du législateur de restituer à l'autorité paternelle son légitime empire [2]. C'est l'idée qui a inspiré les rédacteurs du code de 1803.

Le projet définissait la puissance paternelle : « Un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi ». Au cours de la discussion, le premier consul demanda que la puissance paternelle fût fortement organisée. On agita, dans la séance du 26 frimaire an X, la question de savoir quelle rubrique serait donnée au titre. Dans le projet, le titre était intitulé : *De la puissance paternelle*. Boulay fit remarquer que l'expression était trop fastueuse et hors de proportion avec l'idée qu'on voulait exprimer. Il aurait voulu que le titre fût placé sous la rubrique : *Des droits et des devoirs des pères* [3]. Tronchet fit observer qu'il conviendrait de se servir des mots : *autorité paternelle*, afin de ne pas trop affaiblir l'idée. Maleville répondit que l'expression « *puissance paternelle* » était consacrée par l'usage et qu'il était préférable de l'employer; mais que d'ailleurs la puissance paternelle du code ne pouvait pas ressembler à la *patria potestas* des Romains. Berlier résuma la discussion en s'exprimant ainsi : « Rien ne ressemble ni ne doit ressembler moins à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité des pères et mères que l'on veut retracer en ce titre. Il faut de nouveaux mots pour exprimer des idées nouvelles » [4]. En conséquence, il proposa la rubrique : *De l'autorité des père et mère*.

[1] Art. 156 (Fenet, I, p. 210).
[2] Rapp. de Jacqueminot, Fenet, I, p. 331.
[3] Locré, VII, p. 21.
[4] Locré, VII, p. 22, 23.

Le projet fut renvoyé à la section de législation. La rubrique primitive fut conservée dans la rédaction définitive, probablement pour le motif invoqué par Maleville. Il est très remarquable d'ailleurs que les articles du code ne parlent plus de puissance paternelle [1] ; dans les art. 372 et 373 cette expression est remplacée par le mot « autorité » qui répond peut-être mieux à la conception des auteurs du code civil. Dans son *Exposé des motifs*, Réal déclare que les pères et mères ont surtout une mission de défense et de protection. L'enfant naît faible, dit-il en substance ; il est assiégé par les maladies et les besoins ; des soins vigilants et affectueux lui sont nécessaires. Plus tard, quand sa raison se forme et que ses passions s'éveillent, il lui faut un guide et un directeur. Tel est le fondement de l'autorité que la loi reconnaît aux parents [2].

On a dit, en invoquant la discussion que nous venons de résumer, que, dans le système admis par notre code civil, l'enfant seul a des droits et que le père n'en a pas [3]. En sens contraire, on a voulu voir dans la puissance paternelle du code civil une institution dérivée de la *patria potestas* du droit romain. La vérité nous paraît être entre ces deux points de vue opposés. Sans doute, le père a des devoirs envers son enfant ; mais il serait exagéré de prétendre que les rédacteurs du code civil ne lui ont pas reconnu de droits. Réal lui-même constate que la magistrature paternelle a précédé toutes les conventions et qu'elle en est indépendante. Cette idée de droits naturels appartenant au père et à la mère, chefs de la famille, est développée par le tribun Albisson, dans son discours au Corps législatif [4]. En réalité, le code civil, tout en s'inspirant surtout des traditions coutumières, a voulu fortifier l'autorité du père et de la mère que le législateur révolutionnaire avait imprudemment sacrifiée. Mais, d'autre part, il est certain qu'il a pris surtout en considération l'intérêt de l'enfant, et que,

[1] Cette observation n'est plus exacte depuis la loi du 2 juillet 1907, qui a modifié ou complété les art. 383, 384 et 389 C. civ.

[2] Locré, VII, p. 52 et 53.

[3] V. notamment Laurent, IV, n. 258.

[4] Locré, VII, p. 80 et 81.

dans son esprit, les pères et mères ne doivent pas être considérés comme investis d'une autorité sans limites. S'ils en abusent, l'Etat peut intervenir pour assurer la protection de l'enfant. Telle est l'idée qui se dégage des discussions dont le titre *De la puissance paternelle* a été l'objet [1].

129. Du rapide exposé historique que nous avons présenté il résulte que le caractère de la puissance paternelle s'est progressivement transformé. Nous avons constaté une tendance constante à faire de la puissance paternelle une institution tutélaire et protectrice de l'enfant.

Il est une autre institution qui a subi une évolution analogue à celle de la puissance paternelle. C'est la tutelle. Au début, elle est, elle aussi, organisée bien plus dans l'intérêt de la famille que dans celui de la personne en tutelle. Mais elle aussi a tendu à devenir de plus en plus une pure institution de protection. Comme la puissance paternelle, elle a pour but la direction de la personne et le gouvernement du patrimoine d'un individu qui, à raison de son âge (nous parlons ici seulement de la tutelle des mineurs), est impuissant à se défendre lui-même. Comme la puissance paternelle, la tutelle prend fin lorsque cet individu n'a plus besoin d'être dirigé, c'est-à-dire lorsqu'il est parvenu à sa majorité, ou lorsque, par l'émancipation, une sorte de majorité lui est conférée par anticipation. — La loi a donc organisé deux mesures de protection pour le mineur non émancipé : la puissance paternelle et la tutelle. En quoi ces deux institutions diffèrent-elles? Quel en est le domaine respectif? C'est ce que nous allons rechercher avant d'exposer le commentaire du titre *De la puissance paternelle*.

On peut, en théorie, concevoir trois systèmes différents, qui sont effectivement consacrés, avec des variantes, par les diverses législations actuellement en vigueur.

Premier système. — On peut tout d'abord considérer la puissance paternelle comme une simple variété de la tutelle. Dans ce système, l'enfant est placé en tutelle dès le moment

[1] Cpr. Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'Etat*, thèse, Paris, 1902, p. 39 s.

de sa naissance. Seulement cette tutelle est confiée tout d'abord aux parents de l'enfant, qui sont ses protecteurs naturels. Sans doute on peut soumettre la tutelle des parents à des règles de faveur et dispenser le père ou la mère tuteur de quelques-unes des obligations imposées au tuteur ordinaire. Mais ces différences entre la tutelle des parents et la tutelle conférée à une autre personne n'ont rien d'essentiel. C'est toujours de la même institution qu'il s'agit. Ce système est consacré par quelques législations, qui ne connaissent pas la puissance paternelle et parlent seulement de la tutelle [1].

Deuxième système. — Dans un deuxième système auquel se sont ralliées un assez grand nombre de législations, on distingue au contraire plus ou moins nettement deux institutions, tendant toutes deux à assurer la protection des intérêts moraux et pécuniaires des mineurs. Ces deux institutions portent des noms différents. C'est, d'une part, la puissance paternelle, qui appartient, suivant les pays, aux deux auteurs de l'enfant ou seulement au père, et d'autre part la tutelle. Et il ne s'agit pas là d'une simple différence de noms : les deux institutions sont soumises, en général, à des principes différents [2].

Dans les législations dont nous parlons, la puissance paternelle a deux attributs essentiels qui en sont inséparables : 1° des pouvoirs sur la personne de l'enfant mineur (droits de garde, d'éducation et de correction), et 2° des pouvoirs sur ses biens et notamment le droit d'administrer son patrimoine (administration légale). L'administration légale, comme les pouvoirs sur la personne, est toujours attachée à la puissance

[1] La puissance paternelle n'est qu'une simple variété de la tutelle dans un certain nombre de législations cantonales suisses, dont le type nous est fourni par le code civil de Zurich, art. 664 s. V. Lehr, *Introduction au code civil de Zurich*, p. XXXV. — V. aussi Code civil suédois, titre *Des successions*, ch. XX, art. 1. — Cpr. la définition de la puissance paternelle qui est donnée par l'art. 960 du code des biens au Monténégro. — V. aussi les rapports de Cambacérès sur ses 2e et 3e projets, Fenet, I, p. 102 et 150.

[2] La classification que nous venons d'établir est, nous en convenons volontiers, quelque peu arbitraire, et entre la *tutelle paternelle* de certaines législations du premier groupe et la *puissance paternelle* de quelques-unes de celles qui appartiennent au second, il n'y a guère qu'une différence de noms. Les considérations que nous développons au texte n'ont donc pas une valeur absolue.

paternelle. La puissance paternelle ne se conçoit pas sans elle. Tant que dure la puissance paternelle, elle comporte nécessairement l'administration légale.

De cette notion fondamentale il résulte que la puissance paternelle ne peut jamais coexister avec la tutelle et qu'un enfant ne peut pas se trouver soumis à la fois à la tutelle et à la puissance paternelle. Tant que dure la puissance paternelle, il ne peut y avoir lieu à la tutelle. La puissance paternelle suffit à fournir à l'enfant la protection dont il a besoin quant à ses biens et quant à sa personne. C'est seulement lorsqu'elle prend fin qu'il y a lieu d'organiser la tutelle, laquelle remplace désormais la puissance paternelle au double point de vue de la personne du mineur et de son patrimoine.

Les législations qui ont admis ce système peuvent être divisées en deux classes, suivant qu'elles confèrent la puissance paternelle au père seul ou bien conjointement au père et à la mère.

Dans celles qui reconnaissent au père seul l'autorité sur ses enfants, il faut et il suffit, pour que la tutelle s'ouvre, que le père soit mort ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle. La mort de la mère n'a aucune influence sur l'ouverture de la tutelle (1).

Dans celles au contraire qui accordent aux père et mère conjointement la jouissance de la puissance paternelle, il faut, conformément au principe général ci-dessus exposé, que les père et mère soient *tous deux* décédés ou empêchés, pour qu'il y ait lieu à la tutelle, car si le père seul est mort, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère et la tutelle ne s'ouvre pas (2).

Troisième système. — Le troisième système dont nous avons parlé a un point commun avec celui que nous venons d'exposer; il repose sur la distinction fondamentale des deux

(1) Code des biens du Monténégro, art. 960; Code civil du Chili, art. 338; autrichien, art. 172 et 187.

(2) Ce système est consacré par les législations les plus récentes : C. civ. portugais, art. 100, 137 s., 155, 185; espagnol, art. 154 s., 199; italien, art. 241; allemand, art. 1627, 1634, 1684, 1773; argentin, art. 277, 305, 306.

institutions protectrices des intérêts du mineur. Mais il se sépare du précédent sur un point essentiel : il admet la coexistence possible de la tutelle et de la puissance paternelle. La puissance paternelle n'exclut pas la tutelle et, dès lors, il se peut que l'enfant se trouve à la fois placé en tutelle et soumis à la puissance paternelle. Les deux pouvoirs peuvent être réunis dans les mêmes mains; mais ils peuvent aussi être confiés à deux personnes différentes. Et alors il y a lieu de procéder à un partage d'attributions, qui ne laisse pas de présenter certaines difficultés [1].

C'est à cette dernière conception que se sont ralliés les législateurs de 1803. Ils ont considéré que le pouvoir d'administrer le patrimoine du mineur n'était pas un attribut aussi essentiel de la puissance paternelle que les pouvoirs résultant de celle-ci sur la personne de l'enfant. Le droit de diriger la personne de l'enfant doit toujours appartenir au père ou à la mère investi de la puissance paternelle. Mais il n'en doit pas toujours être ainsi des pouvoirs relatifs aux biens. Tantôt le droit d'administrer le patrimoine de l'enfant doit rester attaché à la puissance paternelle; il en est ainsi lorsque les deux auteurs de l'enfant sont vivants; alors ce droit est qualifié d'administration légale et il est soumis aux règles de la puissance paternelle. Tantôt, au contraire, l'administration des biens de l'enfant est confiée à un tuteur; il en est ainsi lorsque l'un des auteurs disparaît; alors il ne s'agit plus d'administration légale et ce sont les principes de la tutelle qui, seuls, doivent être suivis. La tutelle peut d'ailleurs être déférée à celui des deux auteurs qui continue d'exercer la puissance paternelle sur la personne de l'enfant; dans ce cas, cet auteur agit en une double qualité; il exerce à des titres différents les pouvoirs sur la personne et sur les biens de l'enfant. Il se peut aussi que la tutelle soit confiée à un individu autre que le père ou la mère survivant.

Comme on le voit, le système admis par notre législation diffère du système précédent sur un point seulement. Dans

[1] Codes civ. néerlandais, art. 355 et 385; du Bas-Canada, art. 243 et 282; de Neufchâtel, art. 281.

celui-ci, on a considéré que le soin des intérêts pécuniaires du mineur doit toujours appartenir à celui qui est investi de la puissance paternelle. On a pensé que le père ou la mère ne doit jamais être traité comme un tuteur; qu'ainsi l'exige le respect dû à l'autorité naturelle des parents. En refusant d'assimiler le père ou la mère survivant à un tuteur, même en ce qui concerne le patrimoine de l'enfant, on a voulu honorer, rehausser et fortifier cette autorité (1). Sans doute, on a prescrit certaines mesures destinées à prévenir ou réprimer les abus de cette autorité; mais aux yeux des législateurs qui ont accepté cette manière de voir, la meilleure garantie de l'enfant, c'est l'affection que la nature a mise dans le cœur de ses parents. C'est surtout le dévouement et l'amour de ceux-ci qui sont la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires comme de ses intérêts moraux. Aussi les règles de la puissance paternelle restent-elles applicables, même après la mort de l'un des père et mère, non seulement en ce qui touche la garde et l'éducation de l'enfant, mais aussi en ce qui est relatif à son patrimoine. La puissance paternelle est toujours exclusive de la tutelle.

Notre législation et celles qui s'en sont inspirées sur ce point ont adopté un autre point de vue. Elles ont admis que la puissance paternelle et la tutelle ne sont pas incompatibles entre elles. Les raisons en ont été données par Berlier, dans l'*Exposé des motifs* du titre de la tutelle : « Tout mineur, a-t-il dit, n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père et mère sont vivants trouve en eux des protecteurs naturels et, s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père... La tutelle commence au décès du père ou de la mère, car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi » (2).

Ainsi deux motifs justifient la conception des rédacteurs de notre code :

1° Tant que les deux auteurs sont vivants, l'enfant en

(1) Huc, *Le code civil italien*, I, p. 101.
(2) Locré, VII, p. 234.

général n'a pas de biens personnels. Normalement, il n'acquerra de biens que par le décès de l'un de ses père et mère, à la succession duquel il sera appelé. Donc, pendant la vie des deux époux, il est inutile d'organiser la tutelle et la puissance paternelle suffit.

2° Alors même qu'exceptionnellement l'enfant aurait des biens lui appartenant en propre, les règles de la puissance paternelle lui fournissent encore une protection suffisante, tant que vivent ses deux auteurs. L'enfant a alors ses deux protecteurs naturels; celui qui a l'administration légale est contrôlé et surveillé par l'autre; l'enfant trouve dans cette surveillance une garantie aussi solide que celle qui résulterait de l'organisation de la tutelle. Mais si l'un des auteurs décède, ce contrôle fait défaut. Il manque à l'enfant cette garantie que notre loi a jugée indispensable. La puissance paternelle ne suffit plus. Le législateur ne se fie pas entièrement à l'affection du survivant des père et mère. Il met fin à l'administration légale et, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires de l'enfant, il décide que la tutelle doit s'ouvrir avec tout son cortège de garanties.

Il est vrai, comme nous le verrons plus tard, qu'actuellement la tutelle peut parfois être organisée même du vivant des père et mère. Mais c'est là un cas particulier et exceptionnel qui n'altère pas le système général admis par notre législateur.

Les considérations que nous avons émises, on a dû le remarquer, se rapportent seulement aux enfants légitimes. Le code civil de 1803 s'était en effet occupé surtout des enfants légitimes. Il avait sans doute reconnu aux père et mère naturels le droit de puissance paternelle sur la personne de leurs enfants mineurs et non émancipés. Mais il avait gardé le silence en ce qui concerne l'administration des biens appartenant à ces derniers. La majorité des auteurs et la jurisprudence en avaient conclu que la puissance paternelle sur les enfants illégitimes n'était pas assortie du pouvoir d'administration légale et que les enfants naturels étaient placés en tutelle dès le moment de leur naissance. C'est cette solution qui a été consacrée par la loi du 2 juillet 1907 (nouvel art. 389 C. civ.). Lorsque la filiation de l'enfant naturel est léga-

lement établie, cet enfant se trouve soumis à la fois à la tutelle et à la puissance paternelle. En vertu de la puissance paternelle, le père et la mère ont la direction de la personne de l'enfant. Mais ils ne peuvent administrer ses biens qu'en qualité de tuteurs.

130. L'expression « puissance paternelle » peut être employée dans deux acceptions distinctes. Dans le sens le plus strict, la puissance paternelle peut être définie : l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ceux-ci. Cette puissance a principalement pour but de faciliter aux parents l'accomplissement du devoir d'éducation dont ils sont tenus envers leurs enfants. D'après cette définition, qui est calquée sur les art. 371 à 373, la puissance paternelle ainsi entendue n'appartient qu'aux père et mère, jamais aux autres ascendants ; et, d'autre part, elle prend fin à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. C'est dans ce sens que cette expression est prise dans le titre *De la puissance paternelle*. Les articles réunis sous cette rubrique ne parlent en effet que des père et mère et il n'y est pas question des autres ascendants. Nous appliquerons à cette puissance paternelle la qualification de puissance paternelle proprement dite ou *stricto sensu*.

Dans un sens large, on peut considérer comme se rattachant à la puissance paternelle ceux des droits appartenant aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants que la loi accorde également aux autres ascendants ou qui survivent à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, tels que le droit de consentir au mariage (art. 148 et s.) ou à l'adoption (art. 346) de l'enfant, le droit d'accepter des donations entre vifs faites à l'enfant (art. 935), le droit de tutelle (art. 390, 402 et s.) etc... [1]. C'est ainsi que la puissance paternelle est envisagée par la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*.

[1] Aubry et Rau, VI, § 549, texte et note 1 ; Demolombe, VI, n. 268 s. ; Leloir, *Code de la puiss. patern.*, I, n. 65 ; Huc, III, n. 162, 163 ; Taudière, *op. cit.*, p. 79 s. ; Vigié, I, n. 645 ; Planiol, I, n. 1653. — Cpr. Laurent, IV, n. 267 ; Nillus, *De la déchéance de la puiss. patern.*, n. 22.

Cette loi désigne sous le nom de *puissance paternelle* l'ensemble des droits accordés, soit au père, soit à la mère, soit aux autres ascendants sur la personne et sur les biens de leurs enfants ou descendants majeurs ou mineurs (V. l'art. 1 de la loi). C'est ce que nous appellerons la puissance paternelle *lato sensu* [1].

131. Sous le bénéfice des observations qui précèdent, nous allons maintenant aborder l'étude des articles groupés sous la rubrique *De la puissance paternelle*. Nous y joindrons le commentaire de l'art. 389, relatif à l'administration légale, lequel a été placé à tort au titre *De la tutelle*, et celui des lois postérieures à la promulgation du code civil qui ont été édictées sur la matière.

Nos explications seront réparties dans les quatre chapitres, dont suit l'intitulé :

Ch. I. Des attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes.

Ch. II. Des attributs de la puissance paternelle sur les enfants naturels.

Ch. III. Des personnes auxquelles appartiennent la jouissance et l'exercice de la puissance paternelle.

Ch. IV. De la cessation de la puissance paternelle *stricto sensu* et de la déchéance de la puissance paternelle *lato sensu*.

CHAPITRE PREMIER

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES

132. Aux termes de l'art. 371 : « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». Ce précepte de morale, que le législateur a cru devoir placer au frontispice de son œuvre, se rapporte d'ailleurs à la puissance pater-

[1] Cette notion de la puissance paternelle n'est peut-être pas restée complètement étrangère aux rédacteurs du code civil. V. à cet égard les observations du premier consul, de Hézmer, Boulay, Réal et Tronchet, dans la séance du conseil d'État du 25 floréal an X. Locré, VII, p. 19, 20. V. aussi l'*Exposé des motifs* de Réal, Locré, VII, p. [illegible]

nelle envisagée dans son acception la plus large, et non pas seulement à la puissance paternelle proprement dite. « *A tout âge* », dit le texte. Donc l'enfant n'est pas affranchi du devoir de respect envers ses parents par sa majorité ou son émancipation. D'autre part, il n'en est pas tenu seulement envers ses père et mère. Il doit également honneur et respect à ses autres ascendants (1).

On s'est demandé quelle était la portée de la maxime écrite dans l'art. 371 (2). Pour notre part, nous nous refusons à y voir autre chose qu'un simple précepte de morale. On ne peut en tirer d'autres conséquences pratiques que celles que la loi en a déduites elle-même. Aller plus loin, ce serait nécessairement tomber dans l'arbitraire (3). C'est ainsi qu'un fils, créancier de son père, peut recourir aux voies ordinaires d'exécution pour obtenir son paiement, dût la ruine du père en être la conséquence. La loi morale commandera souvent au fils de traiter son père avec plus de ménagements qu'un débiteur ordinaire ; mais la loi civile ne fait pas cette distinction. De même un fils pourrait exercer contre son père une action dite déshonorante. Et c'est au surplus ce qui résulte par argument de l'art. 380 du code pénal, qui autorise un fils victime d'un vol commis par son père à exercer contre celui-ci une action civile en réparation du préjudice causé. Enfin, avant la loi du 17 avril 1832, il fallait admettre l'enfant à user de la contrainte par corps contre ses père et mère. On ne pouvait lui refuser ce droit sur le fondement d'une disposition aussi vague que celle de l'art. 371 (4).

La cour de cassation a fait l'application dans une hypothèse intéressante de l'idée que nous avons émise. Un fils

(1) Marcadé, II, n. 133; Demante, II, n. 113 *bis:* Demolombe, VI, n. 273; Leloir, *op. cit.*, I, n. 66. — Cpr. codes civils portugais, art. 142; italien, art. 220; espagnol, art. 154; néerlandais, art. 353; autrichien, art. 144.

(2) V. sur ce point les discussions qui eurent lieu au sein du Conseil d'Etat (Locré, VII, p. 28), le rapport de Vésin au tribunat (Locré, VII, p. 67) et le discours d'Albisson (Locré, VII, p. 84).

(3) Valette sur Proudhon, II, p. 238, note *a:* Marcadé, *loc. cit.:* Demolombe, VI, n. 274 s.; Laurent, IV, n. 270; Leloir, *op. cit.*, I, n. 66 s.; Huc, III, n. 164; Vigié, I, n. 650. — Cpr. Proudhon, II, p. 238; Duranton, III, n. 350; Demante, *loc. cit.:* Magnin, *Des minorités*, I, n. 266; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1062.

(4) *Contra* Bastia, 31 août 1826, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 734, S., 28. 2. 56.

avait pris part à la délibération d'un conseil de famille prononçant contre le père la destitution de l'administration légale des biens de ses enfants mineurs. Celui-ci demanda l'annulation de la délibération en se fondant sur l'art. 371. La cour de Metz et, après elle, la cour suprême décidèrent que cette délibération était valable ([1]).

133. Les attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes sont assez nombreux. Le législateur en indique trois dans notre titre, savoir : le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. Il faut ajouter le droit d'administration légale, dont le législateur traite à tort dans le titre *De la tutelle* (art. 389), la faculté de conférer aux enfants le bénéfice de l'émancipation (art. 477), et le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur à ses enfants (art. 397 s.). Nous ne parlerons pas de ces deux derniers attributs de la puissance paternelle, dont l'examen se place tout naturellement dans l'étude de la tutelle et de l'émancipation. A chacun des attributs que nous étudierons nous consacrerons une section spéciale.

SECTION PREMIÈRE

DU DROIT DE GARDE OU DE SURVEILLANCE

134. « *L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus* » (art. 374) ([2]). Comment le père pourrait-il remplir le devoir d'éducation dont il est tenu envers son enfant, s'il n'avait pas le droit de le forcer à rester dans la maison paternelle ou dans toute autre qu'il lui assigne, telle que collège, couvent, maison d'apprentissage... ? Le père a également le droit d'exercer sur son enfant, sur les relations de celui-ci, une surveillance active. Il peut notamment prendre connaissance des lettres écrites à son enfant, les retenir et même les supprimer ([3]).

([1]) Cass., 16 déc. 1829, *J. G.*, v° *Puissance paternelle*, n. 78, S., 30. 1. 156.
([2]) Cpr. code civil italien, art. 221.
([3]) Demolombe, VI, n. 201 *bis*; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 10; Leloir, op. cit., I, n. 97.

Après la dissolution du mariage, si l'enfant mineur se trouve avoir un tuteur autre que le survivant de ses père et mère, il aura son domicile de droit chez ce tuteur (art. 108); mais il devra résider chez son père ou chez sa mère, qui, pour n'être pas tuteur, n'en demeure pas moins investi de la puissance paternelle, et par suite du droit de garde qui en est un attribut [1].

L'exception que notre article apporte à son principe pour le cas d'enrôlement volontaire trouve sa justification dans la faveur due à la défense de la patrie. L'âge auquel l'enfant devient maître de son sort au point de vue de l'enrôlement volontaire a été modifié : de dix-huit ans il a été porté à vingt ans par l'art. 32 de la loi du 21 mars 1832, dont la disposition a été reproduite successivement par la loi du 27 juillet 1872 (art. 46 al. 11), par la loi du 15 juillet 1889, art. 59, et par la loi du 21 mars 1905 *sur le recrutement de l'armée*. L'art. 50 de cette dernière loi permet à tout Français remplissant les conditions légales de contracter un engagement volontaire à l'âge de dix-huit ans dans l'armée de terre (Pour les engagements volontaires dans l'armée de mer, les dispositions de la loi du 15 juillet 1889 demeurent en vigueur; art. 101 de la loi du 21 mars 1905). Mais si l'engagé volontaire a moins de vingt ans, il « doit être pourvu du consente-
» ment de ses père, mère ou tuteur; ce dernier doit être auto-
» risé par une délibération du conseil de famille. — En cas
» de divorce ou de séparation de corps, le consentement de
» celui des époux auquel la garde de l'enfant aura été confiée
» sera nécessaire et suffisant. — Le consentement du direc-
» teur de l'assistance publique dans le département de la
» Seine, et du préfet dans les autres départements, est néces-
» saire et suffisant pour les enfants désignés au paragraphe 3
» de l'article 2 de la loi du 27 juin 1904 » (art. 50-6° de la loi précitée). *Adde* L. 27 juin 1904, art. 13, modifié par la loi du 18 décembre 1906. — Si l'enfant est émancipé, il peut se passer de tout consentement, même au-dessous de vingt ans [2].

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 2; Aubry et Rau, I, § 143 5e éd.; Demolombe, I, n. 559; Laurent, IV, n. 263; Leloir, *op. cit.*, I, n. 112.

[2] Pour la forme des actes de consentement à engagement militaire dressés

Quelle est la sanction de l'art. 374? Quels sont les moyens mis à la disposition du père pour ramener l'enfant rebelle dans la maison qu'il a désertée? Il est certain que le père est autorisé à recourir à la force publique; car, du moment que le droit du père est écrit dans la loi, il faut bien qu'il puisse le faire respecter. Mais à quelle autorité devra-t-il s'adresser? Le silence gardé par le code a fait naître des difficultés.

Il a été jugé que les magistrats du ministère public ont seuls compétence pour prendre les mesures nécessitées par les circonstances [1]. D'après quelques auteurs, un jugement du tribunal serait nécessaire, car il s'agit en somme de l'exécution forcée d'un droit en matière civile; or, seuls les tribunaux ont compétence pour ordonner une mesure de ce genre [2]. Ces deux solutions doivent, à notre avis, être rejetées. Nous sommes ici dans une matière toute spéciale, qui a ses règles propres. Or la loi, dans les art. 376 et 377 C. civ., permet au président du tribunal civil de délivrer un ordre d'arrestation de l'enfant sur la demande du père. *A fortiori*, le président du tribunal peut-il ordonner aux agents de la force publique de prêter leur concours à l'autorité paternelle, non seulement dans les cas urgents et par la voie du référé [3], mais même dans toute autre hypothèse. C'est l'opinion générale [4]. Armé de l'ordonnance du président, le père (ou la mère quand elle exerce la puissance paternelle) peut rechercher l'enfant partout où il se trouve [5].

Si l'enfant est retenu par un tiers, le père peut le réclamer par une action analogue à l'action en revendication, sur laquelle il pourra être statué par voie de référé [6]. Si ce tiers est un maître de pension ou un patron, il va de soi qu'il ne

aux mineurs ou pendant le cours d'un voyage maritime, voyez la loi du 8 juin 1891.

[1] Liège, 12 avril 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 26.

[2] Duranton, Bonnier et Roustain, I, n. 550; Laurent, IV, n. 272.

[3] Trib. civ. de Pau, 9 août 1905, D., 05. 5. 38. — Cpr. ordonn. de référé de M. le Président du tribunal d'Agen, 13 mars 1903, D., 04. 2. 16.

[4] Valette sur Proudhon, II, p. 241, note *a*, II; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 24; Demolombe, VI, n. 398, Aubry et Rau, VI, § 550, p. 78.

[5] V. à ce sujet Leloir, *op. cit.*, I, n. 107.

[6] Demolombe, VI, n. 396, Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 12; Leloir, *op. cit.*, I, n. 108, Tandière, *op. cit.*, p. 83.

peut pas élever la prétention de garder l'enfant tant que le prix de la pension ou de l'apprentissage ne lui aura pas été payé; la personne de l'enfant n'est pas le gage des créanciers du père [1].

SECTION II

DU DROIT DE CORRECTION

135. Par droit de correction, la loi n'entend point parler de ces *punitions* légères que les père et mère peuvent infliger à leurs enfants, en vertu de leur autorité domestique et dans l'intérieur de la maison. Sur ce point, elle s'en remet aux usages et à l'affection des parents. Elle n'intervient en pareille matière que lorsque les châtiments infligés par ceux-ci constituent des violences ou de mauvais traitements tombant sous le coup du code pénal, ou encore pour prononcer ou autoriser la déchéance de la puissance paternelle dans les cas qu'elle prévoit.

Le droit de correction dont il est question à notre titre est tout autre chose que le droit de punition domestique. Sous ce nom, le législateur attribue aux père et mère un droit extrêmement rigoureux, qui consiste à faire emprisonner l'enfant ou plutôt (car il ne s'agit pas d'un véritable emprisonnement) à le faire enfermer hors de la maison paternelle. Ce moyen de correction, qu'on peut regretter de voir figurer dans nos lois, est réservé pour les cas d'une extrême gravité.

« *Le père qui aura des sujets de mécontentement* TRÈS GRAVES » *sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction* » *suivants* », dit l'art. 375 [2]. Ce texte semble supposer que le droit de correction ne peut être exercé que par le père; mais, ainsi qu'on le verra, l'exercice en appartient quelquefois à la mère. Nous étudierons successivement les deux hypothèses; elles sont régies par des règles toutes différentes.

[1] Cpr. Paris, 26 mars 1903, D., 07. 2. 36.

[2] Cpr. codes civils portugais, art. 143; italien, art. 222, 223; espagnol, art. 155 à 158; néerlandais, art. 357 à 360; de Zurich, art. 662; allemand, art. 1631; autrichien, art. 145.

§ 1. *Du droit de correction exercé par le père.*

136. Le père peut, suivant les cas, faire détenir son enfant *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

A. La détention a lieu *par voie d'autorité* lorsqu'il suffit au père, pour la faire ordonner, de requérir du président du tribunal [1] un ordre d'arrestation, que celui-ci est obligé de délivrer, sans avoir le droit de contrôler les motifs qui portent le père à réclamer la détention de son enfant, ni même d'exiger l'indication de ces motifs.

Ce pouvoir souverain accordé au père peut être à bon droit critiqué. La loi aurait dû donner à l'enfant des garanties contre les abus possibles de l'autorité paternelle. Elle aurait dû, dans tous les cas, constituer un juge entre le père et l'enfant. Elle l'a bien compris, puisque, dans certaines hypothèses, elle refuse au père la faculté d'agir par voie d'autorité. Le législateur admet lui-même que le père peut être guidé par un sentiment autre que le souci de l'amélioration morale de l'enfant. Dès lors, pourquoi lui avoir concédé un pouvoir aussi exorbitant [2]?

Quoi qu'il en soit, la loi est formelle et il paraît difficile d'admettre les correctifs que certains auteurs ont proposés. Ainsi, d'après Demolombe [3], le président devrait refuser l'ordre d'arrestation, s'il s'agissait d'un enfant en si bas âge, qu'en requérant sa détention, le père commettrait un acte de folie. De même Demante [4] déclare que le président doit refuser son concours, si l'acte du père constitue évidemment un abus d'autorité. Ces tempéraments ne paraissent guère admissibles. Le pouvoir conféré au père ne comporte d'autres limites que celles que la loi a fixées. Si la loi est mal faite, ce n'est pas au président du tribunal qu'il appartient d'en modifier les dispositions [5].

[1] La compétence appartient au président du tribunal dans le ressort duquel le père ou la mère a son domicile. Tous les auteurs sont en ce sens.

[2] Loi 5 juin 1904, *relative à l'éducation des pupilles de l'assistance publique difficiles ou vicieux*.

[3] VI, n. 314. — V. aussi Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 7; Marcadé, II, n. 147; Aubry et Rau, *op. cit.*, II, n. 1083.

[4] II, n. 121 bis.

[5] Laurent, IV, n. 226; Lelièvre, *op. cit.*, I, n. 141; Taudière, *op. cit.*, p. 85.

B. A la détention par voie d'autorité, la loi oppose la détention par *voie de réquisition*. On dit que le père ne peut faire détenir son enfant que *par voie de réquisition*, lorsqu'il a seulement le droit de solliciter du président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci peut refuser. Le père est donc alors obligé d'indiquer ses motifs, et le président du tribunal a le droit de les contrôler et de les juger ; il statue *cognita causa* entre le père et l'enfant, tandis que, dans la première hypothèse, il n'est que l'exécuteur des volontés du père.

N° 1. Détention par voie d'autorité.

137. Quatre conditions sont requises pour que le père ait le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité.

1° Que l'enfant ait moins de seize ans commencés. « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* » (art. 376). Quand l'enfant n'a pas encore quinze ans accomplis, il est trop jeune pour braver l'autorité paternelle ; la loi n'a pas eu à redouter qu'il s'élève entre lui et son père des conflits tels que le père puisse se laisser emporter par le désir de la vengeance. D'autre part, l'enfant se défend par sa propre faiblesse ; son jeune âge est une garantie contre un excès de sévérité de la part du père.

2° Que le père ne soit pas remarié : « *Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377* » (art. 380), c'est-à-dire que le père ne pourra alors agir que par voie de réquisition. La loi craint l'influence de la seconde épouse du père, la marâtre de l'enfant ; « elle ne suppose plus au père, dit Réal dans l'exposé des motifs, ni la même tendresse, ni la même impartialité » (1).

Que décider si le père qui s'est remarié est redevenu veuf ? Il recouvrera le droit de correction par voie d'autorité. On n'est plus alors dans les termes ni dans l'esprit de l'art. 380.

1 Locré, VII, p. 61.

Plus dans ses termes ; car la loi parle du père qui *est remarié*, et non du père qui *s'est remarié. Plus dans son esprit ;* car ce que la loi craint, c'est l'influence de la marâtre, et elle n'est plus là ! Le droit commun reprendra donc son empire [1]. La question toutefois est controversée. A l'appui de l'opinion contraire, on dit que le père, par le fait de son nouveau mariage, a été déchu du droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité ; qu'il faudrait un texte formel pour le relever de cette déchéance, et que ce texte fait défaut. On invoque en outre les travaux préparatoires, et l'esprit de la loi. Le législateur ne suppose plus au père ni la même tendresse, ni la même impartialité. Le père qui s'est remarié a prouvé par là qu'il n'a pas pour ses enfants cet amour exclusif qui était pour eux une garantie si puissante contre les abus d'autorité. La mort de la marâtre n'enlève à ces motifs rien de leur valeur [2].

Quel que soit le parti que l'on prenne sur la question qui précède, il semble qu'il faille donner la même solution au cas où le mariage est dissous par le divorce. Les raisons de décider sont en effet identiques [3].

3° Que l'enfant n'ait pas de biens personnels.

4° Qu'il n'ait pas d'état. Ces deux dernières conditions sont indiquées par l'art. 382, al. 1, ainsi conçu : « *Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'art. 377* ».

On s'explique facilement que la loi ne permette pas au père de faire détenir son enfant par voie d'autorité, même au-dessous de seize ans commencés, lorsque, ce qui sera rare à cet âge, l'enfant a un état, c'est-à-dire, exerce une profession lucrative quelconque. L'enfant a besoin, en pareil cas,

[1] Zachariæ, I, § 187, note 16 ; Marcadé, II, n. 137 ; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 20 ; Laurent, IV, n. 277 ; Dalloz, v° *Puissance paternelle*, n. 32.

[2] Toullier, Duranton et Roustain, I, n. 556 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Demante, II, n. 126 *bis*, IV ; Demolombe, VI, n. 324 ; Leloir, *op. cit.*, I, n. 143 et 154 ; Huc, III, n. 181 ; Vigié, I, n. 655.

[3] Laurent, *loc. cit.*

d'une indépendance plus grande. La détention est de nature à compromettre gravement ses intérêts et la loi a voulu qu'il y eût un juge entre son père et lui. Mais il est difficile de dire pourquoi le législateur a attaché le même effet à cette circonstance que l'enfant a des biens personnels. La condition que l'enfant n'ait pas de biens personnels a été insérée dans le code sur la proposition de Cambacérès. Cambacérès a supposé un enfant sous la puissance d'un père dissipateur. Il est à redouter, a-t-il dit, que le père ne cherche à dépouiller son enfant et ne se venge de ses refus en le privant de sa liberté, peut-être même qu'il ne lui fasse payer sa liberté, en lui mettant cyniquement le marché en mains [1]. Cette observation de Cambacérès n'a en réalité aucun sens. Il s'agit d'un enfant âgé de moins de quinze ans révolus, qui ne peut par conséquent aucunement disposer de ses biens. Comment donc le père pourrait-il songer à lui imposer le marché dont parle Cambacérès ?

N° 2. Détention par voie de réquisition.

138. Quand une des quatre conditions ci-dessus fait défaut, le père ne peut plus faire détenir son enfant que par voie de réquisition. Cela résulte des art. 380, 382, al. 1, et 377, ce dernier ainsi conçu : « *Depuis l'âge de seize ans commencés* » *jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seule-* » *ment requérir la détention de son enfant pendant six mois* » *au plus ; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après* » *en avoir conféré avec le procureur du Roi, délivrera l'ordre* » *d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas,* » *abréger le temps de la détention requis par le père* ». Le président du tribunal « jugera donc le jugement du père », comme le dit un de nos anciens, Talon. Il pourra, en conséquence, ou refuser l'ordre d'arrestation, ou le délivrer pour un temps moins long que celui pour lequel il a été requis. Mais il ne peut pas ordonner que l'enfant sera détenu pendant un temps qui excède la durée requise par le père ; car ce serait statuer *ultra petita* [2].

[1] Locré, VII, p. 36.
[2] Demolombe, VI, n. 318; Leloir, *op. cit.*, I, n. 142.

§ II. *Du droit de correction exercé par la mère.*

139. Le droit de correction étant un attribut de la puissance paternelle, son exercice ne peut passer à la mère qu'avec celui de la puissance paternelle elle-même, c'est-à-dire normalement après la mort du père, et accidentellement pendant la vie de celui-ci, lorsqu'il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'exercer cette puissance. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, ne s'est préoccupée que du cas normal ; mais ce n'est pas assurément dans l'intention d'exclure les autres. Elle dit à ce sujet dans l'art. 381 : « *La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377* ».

La loi reconnaît donc à la mère le droit de correction, mais elle ne le lui accorde qu'avec certaines restrictions. Les règles que nous allons exposer s'appliquent, sans distinction, dans tous les cas où la mère, à défaut du père, est appelée à exercer la puissance paternelle. Les motifs de la loi ont la même valeur dans toutes les hypothèses (1).

Pothier, dont les rédacteurs du code ont si souvent adopté la manière de voir, nous indique les raisons pour lesquelles la loi a ainsi distingué entre les deux époux. « La faiblesse du jugement des femmes, dit-il dans son *Traité des personnes*, et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe, empêchent qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère, comme sur celui du père » (2).

Pour ces motifs, et pour d'autres encore dont la portée est moins générale et que nous verrons tout à l'heure, le droit de correction n'est accordé à la mère que sous les modifications suivantes :

1° La mère qui est remariée perd son droit de correction sur ses enfants du premier lit. Le père remarié le conserve au contraire ; seulement il ne peut plus l'exercer que par voie

(1) Demante, II, n. 126 *bis*, II ; Demolombe, VI, n. 348 ; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 15 ; Laurent, IV, n. 284 ; Vigié, I, n. 656.

(2) *Traité des personnes*, I, VI, p. 309.

de réquisition (art. 380). Cette différence s'explique. Le père qui passe à de nouveaux liens subira peut-être dans une certaine mesure l'influence de sa nouvelle épouse, mais en général il restera le maître. La loi neutralise l'influence de la marâtre, en modifiant le droit de correction dans la personne du père, sans le lui retirer. La mère remariée, au contraire, non seulement subira l'influence de son nouveau mari, mais sera le plus souvent dominée par lui ; de sorte que, si on lui eût conservé le droit de correction, il eût été à craindre qu'en fait il ne fût exercé par le deuxième mari, le parâtre des enfants, qui ordinairement n'aura pas pour eux l'affection d'un père. Dans ces conditions, la loi a cru devoir retirer le droit de correction à la mère.

Ce n'est pas à dire que l'enfant ne pourra plus être détenu par mesure de correction. Si la tutelle a été maintenue à la mère remariée, celle-ci pourra, de concert avec son deuxième mari, cotuteur avec elle, exercer le droit de correction dans les conditions déterminées par l'art. 468. Elle agira alors comme tutrice et non pas en qualité de mère [1].

Que décider si la mère remariée redevient veuve, ou si son nouveau mariage est dissous par le divorce? Une question analogue a déjà été examinée au sujet du droit du père [2]. La même solution doit être adoptée ici : la mère recouvrera le droit de correction qui lui appartenait auparavant. Les mêmes arguments peuvent être invoqués : l'art. 381 parle de la mère qui n'est pas remariée et non pas de la mère *qui ne s'est pas remariée* [3].

2° La mère ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, même à l'égard d'un enfant qui a moins de seize ans commencés.

3° Enfin la mère ne peut exercer le droit de correction qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels

(1) Demolombe, VI, n. 346; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 18; Laurent, IV, n. 264.

(2) *Supra*, n. 137.

(3) En ce sens Toullier, II, n. 1058; Proudhon, II, p. 246; Marcadé, II, n. 140; Zachariæ, I, § 187, note 17; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 19. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*; Demante, II, n. 126 *bis*, IV; Demolombe, VI, n. 324; Leloir, *op. cit.*, I, n. 154.

de l'enfant, c'est-à-dire avec leur assentiment. Il ne suffirait donc pas que les deux plus proches parents paternels eussent été consultés par la mère, il faut qu'ils approuvent sa démarche [1]. Les motifs de cette règle ont été indiqués par Réal dans l'Exposé des motifs et par Vesin dans son Rapport au Tribunat [2]. C'est dans l'intérêt de la mère, encore plus que dans celui de l'enfant, que la loi a exigé le concours des parents paternels. « Une veuve sans défense, dit Réal, dont » toutes les actions sont exposées à la critique de la mali- » gnité, doit se ménager dans le concours des deux plus pro- » ches parents paternels, des témoins impartiaux qui pour- » ront toujours attester la nécessité de cette mesure de » rigueur et qui seront les garants de sa bonne administra- » tion ».

Comment la mère exercera-t-elle son droit de correction si l'enfant n'a pas de parents paternels? La question est controversée.

Certains auteurs décident que l'enfant ne pourra être détenu sur la demande de la mère, car la condition à laquelle est subordonné l'exercice du droit de correction ne peut être remplie [3]. Cette solution doit être rejetée, et elle l'est en général. La loi n'a exigé le concours des deux plus proches parents paternels que dans la supposition que l'enfant a des parents paternels. S'il n'en a pas, on ne peut priver la mère de son droit de correction, car ce serait retourner contre elle une mesure qui a été prise en sa faveur et méconnaître son autorité naturelle. Ce serait même porter atteinte à ce que la loi croit être le véritable intérêt de l'enfant, car il serait désormais impossible de prendre contre lui une mesure de correction qu'à tort ou à raison le législateur considère comme nécessaire à son amélioration morale. Alors même,

[1] Zachariæ, I, § 187, note 18; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 16; Demante, II, n. 126 *bis*, III; Demolombe, VI, n. 350; Laurent, IV, n. 282; Leloir, *op. cit.*, I, n. 152; Huc, III, n. 181. — Cpr. Delvincourt, I, p. 96, note 5; Duranton, III, n. 358; Chardon, *op. cit.*, n. 72; Magnin, *Des minorités*, I, n. 276.

[2] Locré, VII, p. 62 et 74.

[3] Proudhon, II, p. 247; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1091; Delvincourt, I, p. 96, note 6. D'après ces auteurs, la mère ne pourrait exercer le droit de correction que comme tutrice et dans les conditions de l'art. 468.

en effet, que la tutelle serait ouverte et que le tuteur de l'enfant serait un autre que la mère, le tuteur n'aurait pas qualité pour provoquer la détention de l'enfant, puisqu'il n'est pas chargé du soin de sa personne. Il faut donc décider que la condition du texte n'est pas exigée, puisqu'il est impossible d'y satisfaire. Mais ne doit-elle pas être remplacée par un équivalent?

Il paraîtrait assez rationnel d'exiger, comme le font un grand nombre d'auteurs, le concours de deux membres du conseil de famille, si la tutelle est ouverte, ou, dans le cas contraire, de deux alliés ou même de deux amis du père, désignés par le juge de paix ou par le président du tribunal. Ne convient-il pas en effet d'appliquer par analogie les règles de la tutelle, qui prescrivent de remplacer les parents par des alliés, et, au besoin, les alliés par des amis (1). Si l'on admet ce point de départ, il est assez logique de décider, comme le font quelques auteurs, que si les deux plus proches parents paternels demeurent à une distance trop grande pour que la mère puisse en temps utile obtenir leur concours, ils pourront être remplacés par deux parents plus éloignés en degré, mais demeurant sur les lieux (arg. art. 407) (2), et que même, en cas d'urgence, il suffira d'obtenir l'assistance de deux amis du père (3).

Cette solution est sans doute très séduisante. Mais elle est quelque peu divinatoire. Il nous paraît plus juridique et plus sûr de décider que, vu l'impossibilité de satisfaire à la condition légale, la mère pourra, sans aucune assistance, requérir la détention de son enfant, sauf au président du tribunal à prendre les renseignements qu'il jugera nécessaires (4).

(1) Toullier, II, n. 1057, note; Valette sur Proudhon, II, p. 247, note *a*; Marcadé, II, n. 139; Zachariæ, I, § 187, note 18; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 17; Demante, II, n. 126 *bis*, III; Demolombe, VI, n. 353; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 45; Leloir, *op. cit.*, I, n. 152.

(2) Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 351.

(3) Demolombe, VI, n. 352.

(4) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 557; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*; Laurent, IV, n. 282; Huc, *loc. cit.* — Cpr. de Belleyme, *Ordonnances sur requêtes et sur référés*, I, p. 36, 39.

§ III. *Dispositions communes au droit de correction exercé soit par le père, soit par la mère.*

140. A. Nature de la détention que subit l'enfant par suite de l'exercice du droit de correction. Il est à peine utile de dire que cette détention n'a rien de commun avec la peine criminelle qui porte ce nom. Ce n'est même pas un emprisonnement proprement dit que subit l'enfant. Il ne s'agit pas en effet de la répression d'une infraction prévue et punie par la loi pénale, c'est un simple moyen de correction, moyen extrême et énergique sans doute, mais que la loi autorise surtout dans l'intérêt de l'enfant. Il ne faut donc pas prendre à la lettre les mots *détention* et *réclusion* dont se servent les art. 377 et 468. Dans une langue juridique bien faite, il faudrait un nom spécial pour désigner le châtiment infligé à l'enfant. De même aussi il aurait fallu avoir un local spécial pour l'exécution de cette peine. Tel était le vœu des rédacteurs du code civil. Si, disait Lebrun, les enfants étaient enfermés avec les prisonniers de droit commun, ce serait les envoyer au crime [1]. Et c'est pour ce motif que le projet primitif fut modifié. Il portait que l'enfant serait enfermé dans une maison de correction. Cette disposition fut supprimée, dans le but de bien marquer l'intention du législateur. Malheureusement pendant longtemps il a fallu emprunter les locaux destinés aux condamnés de droit commun. Certains établissements furent, il est vrai, autorisés à recevoir les enfants détenus par mesure de correction paternelle, mais il n'y avait là qu'un remède insuffisant [2]. La loi du 5 août 1850, art. 1 à 16, vint réaliser des améliorations importantes en ordonnant la création d'établissements spéciaux (colonies pénitentiaires, art. 5 s. ; maisons pénitentiaires pour les jeunes filles, art. 15 s.) ou tout au moins l'organisation, dans les maisons d'arrêt et de justice, d'un quartier spécial pour les jeunes détenus de toute catégorie (art. 2). Aux termes de l'art. 1er, les enfants détenus doivent recevoir une éducation morale, religieuse et profes-

[1] Fenet, X, p. 30[illegible].
[2] V. Lelot, op. cit., I, n. 12[illegible].

sionnelle. Le décret du 11 novembre 1885 est venu compléter ces mesures en prescrivant, dans son art. 30, de soumettre les enfants à l'isolement de jour et de nuit dans les maisons d'arrêt, de justice ou de correction dans lesquelles ils sont détenus.

141. Le vœu de la loi est qu'il reste le moins de traces possible de la détention paternelle afin de ne pas perpétuer le souvenir d'un mode de correction qui a quelque chose de très humiliant et de très blessant pour l'amour-propre de l'enfant; aussi l'art. 378, al. 1, dispose-t-il : « *Il n'y aura, » dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judi- » ciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel » les motifs n'en seront pas énoncés* ». Ainsi il ne doit y avoir aucune écriture, aucune formalité judiciaire. Le père ou la mère qui requiert la détention de son enfant n'a pas besoin de recourir au ministère d'un avoué; il s'adresse directement au président du tribunal [1]. Dans le même ordre d'idées, le décret du 11 novembre 1885 dispose dans son art. 31 : « *Il ne » sera fait aucune mention sur les registres, états et écritures » concernant la population détenue et les services de l'entre- » prise, de la présence à la prison des mineurs enfermés par » voie de correction paternelle* (art. 378 C. civ.) [2]. *Le gardien » chef justifiera de la légalité de la détention en produisant » l'ordre même d'arrestation délivré ou renouvelé par le pré- » sident du tribunal civil* » [3].

142. L'art. 378 al. 2 ajoute : « *Le père sera seulement tenu » de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de » fournir les aliments convenables* ». La virgule qui figure dans ce dernier alinéa n'existait pas dans le projet; les auteurs discutent sur le point de savoir s'il faut en tenir compte. Le doute vient de ce que rien n'indique, dans les travaux

[1] Demolombe, VI, n. 334; Leloir, *op. cit.*, I, n. 135.

[2] Les auteurs discutaient autrefois la question de savoir si un acte d'écrou devait être rédigé. V. notamment Valette sur Proudhon, II, p. 251, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 13; Demante, II, n. 122 *bis*, II; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 40; Demolombe, VI, n. 335; Laurent, IV, n. 286.

[3] Il semble résulter encore de l'art. 378 que le père est autorisé à exécuter lui-même l'ordonnance du président et n'est pas obligé d'emprunter le ministère d'un huissier ou d'un agent de la force publique.

préparatoires de la loi, que cette virgule ait été ajoutée avec intention, et il pourrait bien se faire qu'elle l'eût été par inadvertance. Sans la virgule, dit-on, le texte signifie que le père doit souscrire une soumission de payer les frais et les aliments; par conséquent, le père ne prend qu'un engagement pour les aliments comme pour les frais [1]. Avec la virgule, au contraire, le texte signifie que le père doit s'engager à rembourser les frais, mais qu'il doit payer immédiatement les aliments; il n'aurait donc pas le droit de souscrire seulement une soumission, c'est-à-dire un engagement de les payer [2]. Le décret du 11 nov. 1885 paraît favorable à la première interprétation. Il dit, en effet, dans son art. 30 al. 2, qu'il est procédé, en ce qui concerne les frais de nourriture et d'entretien des mineurs détenus par voie de correction paternelle, comme à l'égard des détenus pour dettes envers les particuliers en matière de faillite. Or, en matière de faillite, les aliments ne sont pas consignés [3].

143. B. Droit de grâce. — Aux termes de l'art. 379, 1re partie : « *Le père est toujours maître d'abréger la durée* « *de la détention par lui ordonnée ou requise* ».

Cet article ne mentionnant que le père, on a douté que le droit de grâce appartînt à la mère dans les cas où l'exercice du droit de correction lui est attribué. On dit en ce sens que l'art. 381, relatif au droit de la mère, ne renvoie pas à l'art. 379; c'est donc que ce texte n'est pas applicable à la mère qui a requis et obtenu la détention de son enfant [4]. Mais l'art. 378 al. 2 ne parle aussi que du père, et cependant on l'applique sans difficulté à la mère; pourquoi n'en serait-il pas de même de notre texte? Le droit de grâce paraît d'ailleurs essentiel en cette matière, de telle sorte qu'à la rigueur la loi aurait pu se dispenser d'en faire mention.

(1) Duranton, Bonnier et Bonstain, I, n. 543; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 14; Demante, II, n. 123 *bis*, II; Demolombe, VI, n. 337; Aubry et Rau, VI, § 548, p. 81; Laurent, IV, n. 287.

(2) Merlin, II, n. 441; de Belleyme, *op. cit.*, I, p. 35 s.; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 40.

(3) Lebon, *op. cit.*, I, n. 132. — V. cep. une lettre de la Direction de l'Administration pénitentiaire citée par cet auteur.

(4) Proudhon, II, p. 291.

Il est même très douteux que la mère soit obligée, pour exercer son droit de grâce, d'obtenir le concours des deux plus proches parents paternels, ainsi que le veulent un certain nombre d'auteurs [1]. L'art. 381 requiert bien cette condition pour que la mère puisse faire détenir son enfant; mais aucun texte ne l'exige pour l'exercice du droit de grâce. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur autorise plus facilement l'exercice du droit de grâce que celui du droit de correction, le premier de ces droits étant beaucoup plus favorable que le second [2].

144. C. Durée de la détention. — Un point est certain : lorsque le droit de correction est exercé par voie d'autorité, la durée de la détention ne peut excéder un mois (art. 376). Et nous savons que, seul, le père peut faire détenir son enfant par voie d'autorité.

Il est également certain que, lorsque le droit de correction est exercé par voie de réquisition, la durée de la détention peut s'élever jusqu'à six mois, *si l'enfant a plus de seize ans commencés*. Et il n'y a pas à distinguer suivant que la détention est requise par le père ou par la mère. Cette solution résulte, pour le père, de l'art. 377, et, pour la mère, de l'art. 381, qui renvoie expressément à l'art. 377.

Mais la durée de la détention ne peut pas excéder un mois, si l'enfant a *moins de seize ans commencés*, alors même que le droit de correction serait simplement exercé par voie de réquisition. L'intention des rédacteurs du code nous paraît résulter très clairement des art. 376 et 377. Ceux-ci posent en termes bien nets une distinction que le législateur semble avoir considérée comme essentielle et qui domine toute la matière. Ils distinguent suivant que l'enfant a plus ou moins de seize ans commencés. A-t-il moins de seize ans commencés, il ne peut être soumis à un emprisonnement excédant

[1] Delvincourt, I, p. 96, note 7; Marcadé, II, n. 140; Allemand, *op. cit.*, II, n. 1100; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 46; Laurent, IV, n. 283; Leloir, *op. cit.*, I, n. 153.

[2] Valette sur Proudhon, II, p. 247, note *b*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 26; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 555; de Belleyme, *op. cit.*, I, p. 39; Demante, II, n. 126 *bis*, I; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 23; Demolombe, VI, n. 356; Huc, III, n. 179.

un mois; a-t-il dépassé cet âge, la durée de la détention peut s'élever jusqu'à six mois. Distinction très humaine et très rationnelle! Plus l'enfant est jeune, moins il est difficile de le corriger.

Cette interprétation n'est aucunement détruite par les art. 380, 381 et 382. Ces textes, qui prévoient uniquement le cas où l'enfant a moins de seize ans commencés, renvoient, il est vrai, à l'art. 377, mais ils se réfèrent simplement au mode par lequel la détention pourra être demandée. Ils nous disent que, bien que l'enfant ait moins de seize ans commencés, le droit de correction, dans les conditions qu'ils prévoient, ne pourra être exercé que par voie de réquisition. Mais ils ne parlent pas du tout de la durée que peut avoir la détention. Cela résulte surtout de l'art. 382, al. 1er : « *En la forme prescrite par l'art. 377* », dit la loi. Donc il s'agit seulement de la forme de la demande. D'ailleurs, alors même que la rédaction des textes précités laisserait place à un doute, ce doute devrait être résolu en faveur de l'enfant. Les art. 380 à 382 ont adouci, dans son intérêt, les règles de la puissance paternelle; on ne peut les retourner contre lui [1].

145. L'art. 379 s'exprime ainsi, dans sa partie finale : « *Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents* ». Bien que la loi parle seulement du père, il n'est pas douteux qu'il ne faille également l'entendre de la mère exerçant la puissance paternelle. Si la première mesure prise contre l'enfant est insuffisante, elle pourra être renouvelée.

A s'en tenir littéralement au texte, il semblerait que le père (ou la mère) n'ait le droit de solliciter ou d'exiger une détention nouvelle de l'enfant, que lorsqu'il a abrégé la durée de la première, en faisant usage du droit de grâce. Une pareille interprétation serait tout à fait déraisonnable; ce serait énerver l'autorité paternelle que de limiter ainsi le droit de cor-

[1] Marcadé, II, n. 141; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 187, note 16; Demante, II, n. 125 *bis*; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 21; Demolombe, VI, n. 329; Laurent, IV, n. 280, Vigie, I, n. 656; Leloir, *op. cit.*, I, n. 145. — *Contra* Dalloz, *J. G.*, 3e *éd.*, n. 35.

rection. Si l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, soit après avoir été l'objet d'une mesure de pardon, soit après avoir intégralement subi sa peine, il faut permettre aux parents, dans son intérêt même, de lui infliger une punition nouvelle. Au surplus, cela résulte des art. 376 et 377 qui accordent le droit de correction en termes très généraux.

Ce droit pourra donc être exercé de nouveau, dans les conditions que nous avons précédemment étudiées. Le père pourra agir, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Sans doute l'art. 379 suppose que l'enfant est tombé dans de nouveaux écarts, mais, pas plus que l'art. 375, il n'impose au père l'obligation de prouver l'inconduite de l'enfant pour obtenir la délivrance de l'ordre d'arrestation [1].

Bien que l'art. 379 renvoie seulement *aux articles précédents,* il est certain que les art. 380 et suiv. doivent recevoir leur application. Comme le dit fort justement Laurent, la loi n'a pas besoin de faire des renvois pour qu'on se conforme à ses dispositions.

146. Voies de recours. — « *L'enfant détenu pourra adres-* » *ser un mémoire au procureur général près la Cour royale.* » *Celui-ci se fera rendre compte par le procureur du Roi près* » *le tribunal de première instance, et fera son rapport au* » *président de la Cour royale, qui, après en avoir donné avis* » *au père, et après avoir recueilli tous les renseignements,* » *pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président* » *du tribunal de première instance* » (art. 382 al. 2).

Le recours dont il est ici question n'est ouvert à l'enfant que dans le cas seulement où il est détenu par voie de réquisition. Il est évident en effet que l'enfant ne pourrait user de ce moyen de recours, s'il était détenu par voie d'autorité. Comment pourrait-il être question de réformer la sentence du président du tribunal, c'est-à-dire l'ordre d'arrestation décerné par ce magistrat, alors qu'il a dû le délivrer sans examen préalable, *sine cognitione causæ?*

Le recours exercé par l'enfant aux termes de l'art. 382, al. 2,

[1] Marcadé, II, n. 137, 138; Demolombe, VI, n. 343; Laurent, IV, n. 281; Leloir, *op. cit.*, I, n. 150. — Cpr. Demante, *Progr.*, I, n. 374 et *Cours anal.*, II, n. 124 *bis*, II.

n'est pas suspensif de l'exécution de la peine; car la loi suppose qu'il est exercé par « l'enfant détenu » [1].

Il ne constitue pas un appel à proprement parler; il n'y a pas de procès entre l'enfant et son père. C'est une sorte de contrôle exercé par le Procureur général et le Premier Président de la cour d'appel. Aussi n'est-il pas nécessaire de donner au père une assignation à comparaître devant le Premier Président. Le père sera entendu officieusement par celui-ci, qui prendra, officieusement aussi, tous les renseignements qui lui paraîtront nécessaires.

Bien que la relation existant entre ce texte et l'alinéa précédent puisse donner à penser, au premier abord, que la voie de recours dont il s'agit peut être exercée seulement par l'enfant qui a des biens personnels ou un état, on doit décider qu'elle appartient à l'enfant dans tous les cas où il est détenu par voie de réquisition. Outre qu'il y a même raison de décider, les travaux préparatoires ne laissent guère de doute à cet égard [2].

Aucune voie de recours n'existe au profit du père ou de la mère contre la décision du président du tribunal, qui refuse l'ordre d'arrestation par eux requis, ou qui l'accorde pour un temps moindre que celui qu'ils ont demandé. La loi en effet n'ouvre le recours qu'en faveur de l'enfant. Certains auteurs disent cependant qu'un recours serait ouvert au père ou à la mère contre la décision du président du tribunal si un différend réel s'était élevé entre eux, soit au sujet d'une question de fait, comme l'âge de l'enfant, soit sur un point de droit, par exemple sur la question de savoir si le père remarié et redevenu veuf recouvre le droit de provoquer la détention

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 187, note 22; Demolombe, VI, n. 330; Laurent, IV, n. 288; Leloir, *op. cit.*, I, n. 147.

[2] Locré, VII, p. 46, 75. — V. cep. Locré, VII, p. 41. — En ce sens Toullier, II, n. 1066; Proudhon, II, p. 251; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 187, note 23; Aubry et Rau, VI, § 550, texte et note 22; Allemand, *op. cit.*, II, n. 1102; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 560; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 36; Demolombe, VI, n. 331; Vigié, I, n. 658. — Ordonnance de M. le Premier président de la cour d'Aix du 21 juil. 1905, *Gaz. des trib.*, 2 août 1905, D., 05. 5. 48. — *Contra* Marcadé, II, n. 141-142; Duranton, III, n. 355; Chardon, *De la puiss. pater.*, n. 29; Demante, II, n. 127 *bis*; Laurent, IV, n. 288; Leloir, *op. cit.*, I, n. 146; Huc, III, n. 183.

par voie d'autorité. Mais cette voie de recours n'aurait rien de commun avec celle qui est organisée par notre texte. Il s'agirait là d'un procès ordinaire, porté devant le tribunal et jugé par lui conformément aux règles du droit commun. Le père aurait pour adversaire, non pas le président du tribunal, mais un tuteur *ad hoc* qui serait donné à l'enfant [1].

SECTION III

DU DROIT DE JOUISSANCE LÉGALE

147. La jouissance légale est le droit qui appartient au père durant le mariage, et après sa dissolution au survivant des père et mère, de *jouir* des biens appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés.

L'origine de ce droit de jouissance légale doit être cherchée bien plus dans les règles du droit coutumier que dans celles du droit écrit.

Dans les pays de droit écrit, l'ascendant investi de la puissance paternelle avait l'usufruit des biens adventices du fils ou de la fille de famille. Mais il ne jouissait ni du pécule *castrense*, ni du pécule *quasi-castrense*. Le droit d'usufruit était donc bien un attribut de la puissance paternelle ; mais il n'était pas universel, puisqu'il portait seulement sur une partie du patrimoine de l'enfant.

Dans les pays de coutumes, sauf quelques exceptions, la puissance paternelle ne conférait par elle-même au père et à la mère aucun droit de jouissance sur les biens personnels de leurs enfants. Mais, à côté de la puissance paternelle, il existait une autre institution, qui, à plusieurs égards, présentait avec elle de l'analogie, et en vertu de laquelle la jouissance des biens de l'enfant mineur était, sous certaines conditions, attribuée au survivant des père et mère, voire même à un autre ascendant ou à un collatéral. Cette institution, voisine tout à la fois de la tutelle et de la puissance paternelle, c'était la *garde* ou *bail*.

[1] V. sur ce point Demolombe, VI, n. 333 et Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 37. — Cpr. Leloir, *op. cit.*, I, n. 148.

Les coutumes présentaient, à cet égard, une assez grande diversité. Cependant, avec le temps, ces divergences s'étaient de plus en plus atténuées; de sorte que, si nous envisageons le dernier état du droit, il est possible de donner des règles coutumières sur la matière une idée générale à peu près exacte.

Voici cette idée, telle que nous la trouvons dans Pothier : « Garde et bail sont des termes qui, dans nos coutumes, » signifient gouvernement, administration avec autorité » (1).

« La garde est le droit que la coutume donne au survivant » de deux époux par mariage, ou, à son défaut ou refus, aux » autres ascendants, de gouverner avec autorité les personnes » des enfants mineurs dudit mariage et les biens qui sont » advenus aux dits mineurs de la succession du prédécédé et » qui pourraient leur advenir d'ailleurs. Il résulte de cette défi- » nition que la garde n'est autre chose qu'une tutelle légitime, » car la tutelle est, de même que la garde, le droit de gou- » verner avec autorité la personne et les biens d'un mineur. » Ce droit de garde peut être aussi considéré dans la personne » du survivant comme une continuation de son droit de puis- » sance paternelle, qui continue après la dissolution du » mariage » (2).

Il existait deux sortes de bail ou garde : la garde noble et la garde bourgeoise.

La garde noble était une institution d'origine féodale issue des nécessités du service des fiefs. Lorsqu'un vassal mourait, laissant un héritier mineur, le seigneur se mettait en possession du fief jusqu'à la majorité du titulaire : c'était la garde seigneuriale. A raison des dangers qu'offrait cette institution, elle fut peu à peu supprimée et remplacée par la garde conférée aux parents (3). Au début, le baillistre ou gardien devait le service militaire du fief au lieu et place du mineur et, à titre de rémunération, il avait le droit de jouir du fief commis à sa garde. Puis, avec la décadence du régime féodal et la

(1) *Introd. au titre des fefs de la cout. d'Orléans*, ch. X, n. 313.
(2) *Introd. au titre IX de la cout. d'Orléans*, n. 4, p. 461.
(3) V. cependant Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v^es *garde royale et garde seigneuriale*.

disparition de l'obligation des vassaux au service militaire, le bail dégénéra en une espèce de tutelle lucrative.

La garde noble suppose essentiellement qu'une succession est ouverte au profit du mineur. Il ne peut donc pas s'agir de garde tant que le mineur a encore son père et sa mère. La garde s'ouvre lorsque l'un de ceux-ci vient à décéder (1).

A qui est-elle déférée ? Les règles ont beaucoup varié à cet égard, et, au XVIIIe siècle, les coutumes sont encore loin de l'uniformité. Cependant les divergences qui primitivement les séparaient s'étaient considérablement atténuées. Ainsi la garde des collatéraux avait disparu dans la plupart des pays coutumiers. Au temps de Pothier, le texte de la coutume d'Orléans la consacrait encore. Mais Pothier nous apprend que si, en droit, les collatéraux pouvaient être baillistres, en fait il n'en était pas de même et que le bail des collatéraux s'était effacé devant la tutelle (2).

Dans toutes les coutumes qui admettaient cette institution, la garde noble était déférée au survivant des père et mère. Les femmes pouvaient donc être investies de la garde; règle qui n'était pas admise primitivement et qui ne fut consacrée par les coutumes que lorsque la garde eut perdu son caractère militaire et féodal.

Certaines coutumes ne conféraient la garde à aucune autre personne. Dans la plupart, le droit de garde passait aux autres ascendants à défaut de père et de mère. Tantôt on y appelait seulement les ascendants du côté du prédécédé (3); tantôt on attribuait la garde aux ascendants des deux côtés paternel et maternel (4). Tantôt les aïeuls et les aïeules du même degré étaient appelés conjointement et concurremment, tantôt la coutume établissait entre eux un ordre de préférence (5).

Sur quels biens portait le droit de garde? Primitivement, ce droit n'existait que sur les fiefs seulement. Cette règle subsista dans certaines coutumes (6). Lorsque le caractère

(1) Pothier, *Traité de la garde*, sect. II, § 1.
(2) Pothier, sur l'art. 27 de la Cout. d'Orléans (*Cout. d'Orléans*, I, p. 342).
(3) Cout. d'Orléans, art. 23.
(4) Cout. de Paris, art. 265. — V. Pothier, *Tr. de la garde noble*, sect. I, § 1.
(5) Pothier, *op.* et *loc. cit.*
(6) Par exemple à Amiens (art. 125 s. de la coutume).

de l'institution se fut modifié, on étendit la garde aux meubles et même aux biens roturiers du mineur. Cependant, même dans le dernier état du droit, elle fut toujours restreinte aux biens recueillis par lui dans la succession du père ou de la mère; de telle sorte que, pour les autres éléments de son patrimoine et, d'une manière générale, pour tous les biens non soumis à la garde, le mineur devait avoir un tuteur ou un curateur chargé de le représenter. Du reste les deux qualités de gardien et de tuteur n'étaient pas incompatibles; elles pouvaient appartenir à la même personne. Le père, par exemple, pouvait avoir à la fois la garde et la tutelle (1).

Le gardien, en cette qualité, avait des droits très étendus. Il était tenu aussi de certaines obligations corrélatives.

Ses droits variaient suivant les régions. Dans plusieurs coutumes (2), le baillistre acquérait la propriété des meubles; mais, dans la plupart (3), il en avait seulement la jouissance et l'administration. En outre, et c'était là une règle générale, la garde lui conférait l'usufruit des immeubles sur lesquels elle portait.

A ces droits correspondaient des charges spéciales. Le gardien noble devait faire l'inventaire des biens dont il était comptable envers le mineur. Il était obligé de payer les dettes mobilières grevant la succession du père ou de la mère dont le décès avait donné ouverture à la garde (4); les frais funéraires du *de cujus* étaient également à sa charge (5). Cette obligation lui était imposée même dans les coutumes qui ne lui attribuaient pas la propriété des meubles. Il devait payer les arrérages des rentes et les charges annuelles grevant les maisons et héritages dont il avait la jouissance. Il avait l'obligation d'entretenir en bon état les biens soumis à sa garde. Enfin il devait nourrir et entretenir le mineur et lui donner une éducation conforme à son rang.

(1) Ferrière, *op. et v° cit.*, Pothier, *Traité de la garde noble*, sect. III, art. 1, § 1. — *Cout. de Paris*, art. 270 et 271.

(2) *Cout. d'Orléans*, art. 25.

(3) *Cout. de Paris*, art. 267.

(4) « Qui garde prend, quille la rend ». Loysel, *Instit. coutum.*, Liv. I, tit. IV, règle XI.

(5) Pothier, *Introd. au titre des fiefs*, n. 341.

La garde pouvait, comme on le voit, laisser au gardien un bénéfice pécuniaire. Mais, à raison des charges qu'elle entraînait, elle pouvait aussi être très onéreuse pour lui. Aussi les coutumes décident-elles qu'elle n'est pas obligatoire pour celui à qui elle est offerte, et qu'il peut la refuser. « N'accepte garde ni bail qui ne veut », dit Loysel (I, IV, IV). Il fut même décidé par le Parlement de Paris [1] que le gardien peut renoncer au bail après l'avoir accepté. Dans le ressort de la coutume de Paris, on admettait que le fait seul d'accepter la tutelle sans réserves emportait renonciation au droit de garde.

Diverses causes mettaient fin au droit de garde :

1° La garde cessait lorsque le mineur était parvenu à un certain âge, variable selon les coutumes. Cet âge était fixé à Paris à 20 ans pour les mâles et à 15 ans pour les filles [2] ; dans la coutume d'Orléans, à 20 ans et un jour pour les garçons et 14 ans et un jour pour les filles [3]. Ce qui prenait fin alors, c'était le droit lucratif de garde. Mais bien entendu, l'enfant restait en tutelle jusqu'à sa majorité. Si le gardien était déjà investi de la tutelle, il demeurait en fonctions comme tuteur ; on disait alors de lui qu'il avait seulement la garde ordinaire et comptable.

2° L'émancipation du mineur entraînait l'extinction de la garde.

3° Il en était de même de la mort naturelle ou civile du gardien ou du mineur.

4° La justice pouvait prononcer la déchéance du droit de garde en cas d'abus manifeste de la part du gardien.

5° Dans un certain nombre de coutumes, et notamment à Paris, le gardien perdait le bail s'il contractait un nouveau mariage, sans distinction entre le père et la mère [4].

6° Enfin, dans certaines coutumes, la veuve était privée de la garde de ses enfants, lorsqu'elle menait une vie déréglée [5].

(1) Arrêt de mai 1691 (Ferrière, *op.* et v° *cit.*).
(2) Art. 268 de la cout. de Paris.
(3) Art. 24 de la cout. d'Orléans.
(4) Cout. de Paris, art. 268. — Cpr. Cout. d'Orléans, art. 25.
(5) Pothier, *Introd. au titre des fiefs*, n. 346.

La perte du bail par le survivant des père et mère n'entraînait pas nécessairement d'ailleurs la perte de la puissance paternelle. Le père ou la mère qui était privé du droit de garde conservait néanmoins le droit de diriger l'éducation de l'enfant, à moins qu'il ne fût incapable ou indigne d'exercer la puissance paternelle.

La garde bourgeoise était une institution beaucoup moins généralement admise que celle que nous venons d'étudier. Certaines coutumes l'ignoraient. D'autres ne lui assignaient qu'un domaine très limité. Dans presque toutes elle était envisagée avec moins de faveur que la garde noble. C'est qu'elle s'était introduite à une époque où la garde noble elle-même avait dégénéré et où la coutume avait essayé d'en restreindre la portée. Aussi ne peut-on s'étonner que la garde bourgeoise ait été considérée comme une institution exceptionnelle produisant des effets moins étendus que ceux de la garde noble.

A Paris, la garde bourgeoise fut créée par des lettres patentes du 9 août 1371, confirmées par des lettres patentes du 5 août 1390. Elle fut organisée seulement en faveur des bourgeois de la ville et des faubourgs de Paris.

Plusieurs des règles de la garde noble s'appliquaient à la garde roturière. Mais dans la plupart des coutumes, il existait des différences entre les deux institutions.

1° Quant aux personnes auxquelles la garde était conférée. A Paris, elle n'appartenait qu'au survivant des père et mère ; les autres ascendants n'y étaient pas appelés. C'était donc uniquement un attribut de la puissance paternelle, droit lucratif s'ouvrant par le prédécès de l'un des deux auteurs. Il est vrai que la coutume d'Orléans attribuait la garde aux autres ascendants, à défaut ou au refus du survivant des père et mère ; mais il faut observer que, dans cette coutume, la garde bourgeoise ne conférait aucun émolument à celui qui en était investi. Celui-ci avait simplement la charge de la personne et des biens du mineur. En tant qu'elle appartenait aux ascendants, la garde n'était donc autre chose qu'une tutelle légitime.

2° La coutume de Paris attachait les mêmes avantages aux deux institutions. Mais il n'en était pas de même de la coutume

d'Orléans, laquelle, nous venons de le voir, ne donnait aucun émolument au gardien. Dans certaines coutumes, où le gardien noble acquérait la propriété des meubles du mineur, le même droit n'appartenait pas au gardien roturier [1].

3° Si, en principe, la garde bourgeoise assujettissait le gardien aux mêmes obligations que la garde noble, il n'en était pas toujours ainsi. Ainsi à Paris le gardien bourgeois devait fournir caution, tandis que le gardien noble en était dispensé.

4° Enfin la garde bourgeoise prenait fin plus tôt que la garde noble. Sur les mâles, elle cessait à 14 ans et sur les filles à 12 ans [2].

148. Le droit de jouissance légale réglementé par notre code civil diffère et de l'usufruit des pays de droit écrit et de la garde des pays de coutumes.

Il se distingue de l'usufruit romain par sa notion même et par son étendue. Notre code a répudié la théorie des pécules.

Il diffère du droit de garde soit quant aux personnes auxquelles il est conféré, soit quant à l'époque à laquelle il s'exerce, soit quant aux biens sur lesquels il porte. Continuant l'évolution déjà commencée dans l'ancien droit, les rédacteurs du code civil ont fondu la garde et la puissance paternelle en une seule et même institution. La puissance paternelle, par elle seule, donne à celui qui en est investi un droit de jouissance sur les biens de celui qui y est soumis. En le décidant ainsi, le législateur paraît avoir voulu atteindre un double but.

En premier lieu, il a voulu en quelque sorte rémunérer le père ou la mère des peines et soins qu'entraînent pour lui l'éducation et l'entretien de l'enfant. C'est une compensation des charges de la puissance paternelle [3].

En outre, il a eu l'intention de simplifier les rapports pécuniaires de l'enfant avec ses parents. Dans ce but, il a offert à ceux-ci, en quelque sorte à titre forfaitaire, la jouissance des biens de l'enfant sous l'obligation d'acquitter *de*

(1) Cout. d'Orléans, art. 178.
(2) Cout. de Paris, art. 268.
(3) Cpr. Laurent, IV, n. 323; Huc, III, n. 186.

sua certaines charges spéciales. La jouissance légale peut donc être onéreuse pour le père ou la mère; mais elle peut lui procurer un avantage pécuniaire. Ce motif a d'ailleurs une portée moins générale que le précédent. D'une part, en effet, le père est toujours comptable de son administration, même pour les biens dont il a la jouissance. D'autre part, il doit toujours rendre compte des revenus à partir du moment où l'enfant a atteint sa dix-huitième année. Il n'est pas cependant exact de dire [1] que le motif que nous venons d'énoncer est entièrement dénué de valeur. Car le père est, en tout cas, dispensé de rendre compte des revenus et des dépenses corrélatives à la jouissance légale, pendant la durée, qui peut être très longue, de son usufruit.

Puisque le droit de jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle, il semblerait qu'il dût avoir la même durée que cette puissance, et par conséquent qu'il ne dût prendre fin que par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Alors pourquoi la loi le fait-elle finir lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis? Cette restriction, qui ne figurait pas dans le projet, y a été introduite sur la proposition du consul Cambacérès. « Si la jouissance légale ne prenait fin qu'à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, disait Cambacérès, il serait à craindre que le père ou la mère refusât d'émanciper l'enfant, ou même de consentir à son mariage qui produira de plein droit son émancipation, pour conserver quelques années de plus la jouissance des biens de l'enfant ». Cette raison n'est pas sans valeur, et déjà le droit romain s'était préoccupé de la résistance intéressée du père à l'émancipation de son enfant. On ne peut néanmoins s'empêcher de trouver ce soupçon injurieux pour l'autorité paternelle. Aussi peut-on proposer une meilleure justification de la règle du code : En faisant finir la jouissance légale au plus tard lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, on oblige ses père et mère à capitaliser à son profit l'excédent de son revenu sur sa dépense pendant les trois dernières années de sa minorité, et, au jour de sa majorité, l'enfant trouvera ainsi un

[1] V. Laurent, loc. cit.

petit pécule avec lequel il pourra faire face aux dépenses que l'on fait ordinairement à cet âge.

Le droit de jouissance légale prend naissance dès que l'enfant a des biens. Il diffère en cela de la garde, qui s'ouvrait seulement par le décès du père ou de la mère. Seulement, il est vrai que, pendant le mariage, il n'y aura guère à compter avec lui, car normalement un enfant mineur, dont le père et la mère vivent encore, n'a pas de biens personnels ; il ne peut guère en acquérir que par donation, ou par une succession à laquelle il est appelé en concours avec ses parents ou à leur refus, hypothèses qui se réalisent assez rarement dans la pratique [1]. En général donc l'art. 384 ne recevra son application qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. Les enfants deviennent alors héritiers de l'époux prédécédé ; et si, parmi eux, il y en a qui soient mineurs de dix-huit ans et non émancipés, l'époux survivant aura la jouissance des biens qu'ils recueilleront dans la succession de leur auteur défunt, et des autres biens qui pourraient leur provenir d'ailleurs.

§ 1. *Sur quels biens porte la jouissance légale.*

149. L'art. 384, 1er al., s'exprime dans les termes suivants :

« *Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du* » *mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance* » *des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans* » *accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir* » *lieu avant l'âge de dix-huit ans* » [2].

La jouissance légale de l'art. 384 affecte donc en principe tous les biens qui composent le patrimoine de l'enfant, quelle que soit leur nature ou leur origine. — *Quelle que soit leur nature :* donc les immeubles comme les meubles, les biens

[1] L'ancien art. 305 du code civil, abrogé par la loi du 27 juillet 1884, conférait aux père et mère, divorcés par consentement mutuel, un droit de jouissance sur les biens qu'ils étaient tenus d'abandonner à leurs enfants.

[2] Cpr. codes civ. néerlandais, art. 366 s. ; espagnol, art. 160 s. ; italien, art. 228 s. ; portugais, art. 144 s. ; allemand, art. 1649 s. ; de Zurich, art. 667 s.

incorporels comme les biens corporels. — *Quelle que soit leur origine :* donc non seulement ceux que l'enfant a recueillis dans la succession de son père ou de sa mère prédécédée, mais encore ce qu'il a acquis à tout autre titre, par exemple à titre de donation entre vifs ou testamentaire, ou par un don de fortune, comme l'invention d'un trésor.

Il faut, bien entendu, que ces biens soient acquis à l'enfant. Par exemple, s'il s'agit d'une succession échue à celui-ci, il faut que cette succession ait été acceptée. Si elle a été répudiée, le père ne peut réclamer son usufruit. Car, n'étant pas lui-même héritier, il n'a pas qualité pour accepter en son nom personnel. Si la succession a été acceptée, le père pourra exercer son droit d'usufruit, même s'il a voté pour la répudiation dans la délibération du conseil de famille réuni pour statuer sur l'acceptation ou la répudiation. Son vote ne peut être interprété comme emportant renonciation à son droit de jouissance; car, en prenant part à la délibération du conseil de famille, le père a agi, non pas en son nom personnel, mais au nom et pour le compte du mineur [1].

L'usufruit paternel est donc un usufruit universel.

Il y a cependant certains biens qui échappent au droit de jouissance légale. Aux termes de l'art. 387 : « *Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas* » [2].

L'art. 387 indique donc deux exceptions :

150. *Première exception.* — Ne sont pas grevés du droit de jouissance légale les biens que les enfants pourront acquérir *par un travail et une industrie séparés.* Ces derniers mots ont un sens analogue à l'expression « commerce séparé » qu'emploie l'art. 220. La loi entend donc parler des bénéfices que l'enfant réalise en se livrant à un travail ou à une industrie distincte de celle de son père. Tel serait le cas d'un enfant qui remplirait, en dehors de la maison paternelle, les fonc-

[1] Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 138 et 139; Vazeille, *Du mariage*, II, n. 451; Demolombe, VI, n. 404.

[2] Cpr. L. 21 juin 1904, art. 16.

tions de clerc dans une étude ou de commis dans un magasin [1].

Mais le père aurait au contraire le droit d'invoquer son usufruit, s'il employait l'enfant pour son compte, soit dans la maison paternelle, comme ouvrier, clerc ou commis, soit même au dehors, par exemple comme commis-voyageur. De même le droit que l'enfant aurait de participer, en qualité de commanditaire, aux bénéfices d'une société de commerce serait grevé de l'usufruit légal, car il ne s'agit pas là de biens que l'enfant a acquis par son travail [2].

Les gains faits par l'enfant à l'aide du jeu ou du pari seraient certainement grevés de l'usufruit paternel. On ne peut les considérer comme rentrant dans l'exception établie par notre texte. C'est donc la règle générale qui leur demeure applicable [3].

151. *Deuxième exception.* — L'art. 387 excepte encore les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition *expresse* que ses père et mère n'en jouiront pas. — Cette condition ne peut donc pas être sous-entendue; il faut que le donateur l'exprime. Peu importe d'ailleurs en quels termes, pourvu que sa volonté soit certaine; car nous n'avons pas dans notre droit de formules sacramentelles [4]. Dans ces conditions, l'exigence de la loi se comprend à merveille. La privation du droit de jouissance, infligée par le donateur aux père et mère de l'enfant donataire, accuse une certaine hostilité du donateur à leur égard, et la loi a voulu que sa volonté fût au moins

[1] Vazeille, *op. cit.*, II, n. 444; Proudhon, *op. cit.*, I, n. 149; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 189, texte et note 7; Laurent, IV, n. 326; Demolombe, VI, n. 498. — Cpr. Chardon, *op. cit.*, n. 132 s. — Il n'est du reste pas nécessaire que l'enfant *habite* en dehors de la maison paternelle. Il suffit qu'il ne travaille pas pour le compte du père.

[2] Paris, 10 janv. 1878, D., 78. 2. 131, S., 79. 2. 23. — Cass., 10 déc. 1878, D., 79. 1. 224, S., 79. 1. 126.

[3] Il est cependant des jeux dont la pratique peut constituer parfois l'exercice d'une véritable profession. Les gains réalisés par l'enfant doivent alors, à notre avis, être considérés comme provenant de son travail et de son industrie et sont soustraits, à ce titre, à l'usufruit paternel.

[4] Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 153; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 448; Marcadé, II, n. 163; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 189, note 8; Demolombe, VI, n. 508 s. — Cpr. Laurent, IV, n. 326.

certaine; elle ne la considère comme telle que quand elle est expresse.

Ainsi un aïeul lègue une somme d'argent à son petit-fils, en stipulant que la moitié de la somme léguée servira à l'éducation de l'enfant, et que l'autre moitié sera placée par les soins de l'exécuteur testamentaire. On a jugé que l'aïeul avait voulu enlever au père son droit de jouissance sur la totalité de la somme léguée; solution très critiquable, car non seulement le testateur n'avait pas *exprimé* cette volonté, mais encore il était bien douteux que telle fût son intention (1).

Supposons que le testateur ait légué la moitié de ses biens au père et l'autre moitié à l'enfant. Le père aura la jouissance des biens légués à l'enfant. Sans doute, en vertu du legs, le père n'a droit qu'à la moitié des biens du *de cujus;* mais ce n'est pas en qualité de légataire qu'il réclame son usufruit; il se fonde sur les prescriptions de la loi. D'autre part, il est au moins douteux que le testateur ait voulu enlever au père son droit de jouissance, et le doute doit s'interpréter en faveur de l'usufruitier légal; en tous cas, il n'y a pas, dans les clauses du testament, cette manifestation expresse de volonté exigée par la loi (2).

Une rente viagère ou un usufruit a été donné ou légué à l'enfant. Ne peut-on pas raisonner ainsi : ce qui fait l'objet de la libéralité, ce sont les arrérages de la rente ou les fruits du bien grevé d'usufruit; en les attribuant à l'enfant, le disposant a voulu par cela même priver le père de son droit de jouissance; car, s'il en était autrement, c'est le père, et non pas l'enfant donataire ou légataire qui toucherait les fruits ou les arrérages? Nous pensons que cette conclusion doit être rejetée, car elle est contraire aux principes du code civil en matière d'usufruit et de rente viagère. Le code considère la rente et l'usufruit comme étant des droits principaux dont les fruits et arrérages sont les revenus. Le père, usufruitier universel, aura sur la rente et l'usufruit les droits que la loi reconnaît à l'usufruitier en général. Il touchera donc, pen-

(1) Paris, 24 mai 1842, S., 42, 2, 529, *J. G.*, v° *cit.*, n. 106.

(2) Proudhon, *op. cit.*, I, p. 151; Vazeille, *op.* et *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 546.

dant toute la durée de sa jouissance, les arrérages de la rente et les fruits du bien grevé d'usufruit, conformément à l'art. 588 (1).

Autre question du même ordre : Un fermier décède après avoir institué l'enfant légataire universel. Le bail consenti au testateur a encore plusieurs années à courir. Quels sont les droits qui appartiennent au père usufruitier légal? D'après certains auteurs, il faut adopter la même solution que dans l'hypothèse précédente, pour des motifs analogues. Le père bénéficiera de tous les produits du bail et en supportera toutes les charges, pendant la durée de sa jouissance. Quand celle-ci aura pris fin, il sera quitte envers l'enfant en lui passant le bail, si celui-ci n'est pas encore expiré ; et si le terme du bail est déjà arrivé, il n'aura rien à restituer (2). La plupart des auteurs sont en sens contraire. Ils disent, avec raison, que le droit au bail ne doit pas être soumis aux mêmes principes que l'usufruit ou la rente viagère. L'objet du droit du fermier, ce sont les récoltes elles-mêmes; par conséquent, pour le père usufruitier légal, ces récoltes constituent un *capital* qui doit être restitué à l'enfant, sous déduction des charges qui le grèvent. En d'autres termes, le père, usufruitier légal, ne pourra pas s'approprier le *produit net* du bail; il devra le capitaliser au profit de l'enfant, et il jouira seulement des intérêts produits par les sommes ainsi placées (3).

152. Reste une question très délicate, qui était déjà controversée dans l'ancien droit et qui est encore débattue sous l'empire du code civil. La condition que le père ou la mère de l'enfant n'aura pas la jouissance des biens donnés à celui-ci produirait-elle effet en tant qu'elle s'appliquerait aux biens composant la réserve de l'enfant? Ainsi une mère institue son unique enfant légataire de tous ses biens, à la condition

(1) Vazeille, *op. cit.*, II, n. 449; Allemand, *Du mariage*, II, n. 115; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 15 et 154; Marcadé, II, n. 166; Zachariæ, et Massé et Vergé, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 511.

(2) Proudhon, *op. cit.*, I, n. 367. — Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, n. 450.

(3) Duranton, III, n. 372; Chardon, *op. cit.*, n. 138; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 512. — Cass., 7 mars 1824, S., 25. 1. 125, *J. G.*, v° *cit.*, n. 111.

que le père n'en aura pas la jouissance; cette condition, que l'on reconnaît efficace relativement à la portion des biens de la défunte constituant sa quotité disponible, le sera-t-elle aussi en ce qui concerne la moitié qui constitue la réserve de l'enfant? Dans l'ancien droit, la négative était admise par la plupart des auteurs. Ils se fondaient surtout sur la Novelle 117, ch. I, qui permettait au disposant d'enlever au *paterfamilias* l'usufruit du bien légué, mais en en exceptant néanmoins la légitime [1].

Aujourd'hui encore la doctrine est divisée.

A première vue, il semble que la solution la plus rationnelle consiste à valider la condition à laquelle le legs est subordonné. D'abord le texte de l'art. 387 est absolument général; il ne distingue pas entre les biens compris dans la portion disponible et ceux qui, dans le patrimoine du disposant, sont réservés par la loi au profit de l'enfant. D'ailleurs les donations entre vifs ou testamentaires, faites au delà des limites de la quotité disponible, ne sont pas nulles; elles sont seulement réductibles (art. 920). Et sur la demande de qui? Sur la demande des héritiers réservataires ou de leurs ayant cause (art. 921). A quel titre le père pourrait-il donc intenter cette action? — Comment comprendre d'autre part une action en réduction, qui, loin d'améliorer la situation du réservataire, aurait pour résultat de l'empirer? — Enfin qu'aurait à répondre le père, si, n'étant pas tuteur de son enfant, celui qui en remplit les fonctions répudiait au nom de l'enfant la succession maternelle, avec l'autorisation du conseil de famille, pour s'en tenir au legs universel, et venait dire au père : A présent il n'y a plus ni réserve ni quotité disponible; je recueille donc les biens maternels en vertu du legs universel qui m'a été fait, et par suite la condition imposée par la testatrice doit produire son plein et entier effet [2]?

[1] Catellan, l. IV, ch. XX, p. 204, et Vedel sur Catellan, p. 125; Serres, *Inst. au dr. franç.*, l. II, tit. IX, p. 207; Julien, *Elém. de jurispr.*, l. I, tit. V, n. 17. — *Contra* Lebrun, *Des successions*, l. I, ch. III, sect. IV, n. 22.

[2] Duvergier sur Toullier, II, n. 1067, note *a*; Chardon, *op. cit.*, n. 134; Demante, II, n. 133 *bis*, II; Valette sur Proudhon, II, p. 263, 264 (ce dernier auteur a, par la suite, changé sa manière de voir); Vigié, I, n. 663.

Cette argumentation, bien qu'on ait parfois tenté de la combattre [1], nous paraît absolument irréfutable, si l'on se place au point de vue des principes qui gouvernent l'action en réduction.

La plupart des auteurs sont néanmoins en sens contraire. Ils font remarquer tout d'abord qu'il s'agit de biens composant la réserve de l'enfant, de biens qui sont *réservés* par la loi au profit de celui-ci. Ces biens lui parviennent bien plus par la volonté de la loi que par celle du disposant. La volonté du testateur est sans action sur ces biens; elle ne peut pas en priver l'enfant; elle ne peut non plus les lui donner sous une condition. En réalité, les règles de la réduction n'ont rien à voir en la question. Ce n'est point par la voie de l'action en réduction qu'il y aura lieu d'agir. Il faudra tenir pour non écrite la condition dont il s'agit et tout intéressé pourra se prévaloir de la nullité de la clause contenue dans la disposition. L'art. 581 du code de procédure civile fournit en ce sens un argument sérieux. Aux termes de cet article, le donateur ou le testateur ne peut valablement déclarer insaisissables que des sommes ou objets *disponibles*. Donc la clause d'insaisissabilité contenue dans la donation ou le testament est sans effet, lorsque le bien donné ou légué sous cette condition fait partie des biens réservés par la loi au donataire ou au légataire. Enfin on ajoute que cette solution est conforme à l'esprit de la loi. Si l'art. 387 permet au disposant d'enlever au père ou à la mère son droit de jouissance, c'est afin de favoriser les libéralités qu'un tiers serait disposé à faire à l'enfant. Mais ce motif ne peut plus être invoqué, lorsqu'il s'agit de biens qui sont réservés à l'enfant et qui, en tout état de cause, doivent lui parvenir [2].

153. Jusqu'ici, nous avons supposé que l'exclusion de la

[1] V. notamment Marcadé, II, n. 164 et Demolombe, VI, n. 513.

[2] Cass., 11 nov. 1828, S., 30. 1. 78, *J. G.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 122. — Rouen, 12 fév. 1887, D., 89. 2. 181. — Vazeille, *op. cit.*, II, n. 447; Toullier, II, n. 1067; Duranton, III, n. 376; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 189, texte et note 9; Marcadé, II, n. 163; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 12; Proudhon, II, p. 263 et *De l'usufruit*, I, n. 152; Demolombe, VI, n. 513; Valette, *Explic. somm.*, p. 216, n. 4; Laurent, IV, n. 327; Arntz, I, n. 657; Huc, III, n. 196; Taudière, *op. cit.*, p. 91, note 2.

jouissance légale était stipulée contre le père. Mais nous avons laissé entendre qu'elle peut être stipulée contre les deux auteurs sans distinction, ou contre la mère seulement, ou contre le père seul. Si le père seul est visé, la mère, après lui, aura la jouissance du bien donné ou légué. Si la mère seule est exclue de la jouissance légale, la prohibition produira ses effets à l'époque où, suivant les règles ordinaires, l'usufruit aurait été dévolu à la mère.

154. Aux exceptions indiquées par l'art. 387 il convient d'en ajouter deux autres.

La première est prévue par l'art. 730. Elle sera étudiée au titre *Des successions*.

La deuxième résultait d'un avis du Conseil d'Etat des 25-30 janvier 1811, d'après lequel les biens compris dans un majorat sont soustraits au droit d'usufruit paternel. Mais cette deuxième exception n'offre plus guère qu'un intérêt historique depuis la loi de finances du 22 avril 1905, qui, dans ses art. 29 et s., a autorisé l'Etat à racheter les majorats, réversibles ou non au domaine de l'Etat.

§ II. *Des droits de l'usufruitier légal et de la nature de sa jouissance.*

155. Les rédacteurs du code ont employé différentes expressions pour qualifier le droit qu'ils ont conféré au père et à la mère. Ils le désignent sous le nom de *droit de jouissance* dans les art. 384 à 387, qui sont le siège de la matière, de même que dans l'art. 1442, 2e al. Ailleurs ils l'appellent *usufruit*. V. les art. 601 et 730. Enfin dans l'art. 389, la loi se sert en même temps des deux expressions : droit de jouissance et usufruit. On peut faire la même remarque sur l'art. 385, où il nous est dit que les charges de cette *jouissance* sont..... celles auxquelles sont tenus les *usufruitiers*. De ces qualifications diverses il semble que l'on peut, de prime abord, tirer cette double conséquence :

1° Qu'il y a là un droit analogue à celui d'usufruit. Il faut donc appliquer, en principe, au droit de jouissance légale les règles générales qui gouvernent l'usufruit ordinaire. En con-

séquence, l'usufruitier légal a droit à ce qui est considéré comme fruit d'après les principes de l'usufruit [1]; il acquiert par la perception les fruits naturels et industriels, et les fruits civils lui sont acquis jour par jour [2].

2° Mais que le droit de jouissance légale diffère à certains égards de l'usufruit ordinaire. Nous verrons en effet que le père ou la mère à qui appartient la jouissance légale est grevé de certaines charges particulières auxquelles l'usufruitier ordinaire n'est pas assujetti. D'autre part, il semble bien résulter de l'ensemble des textes et de l'esprit de la loi que les droits conférés par la jouissance légale ne sont pas les mêmes que ceux qui sont attachés à l'usufruit ordinaire et qu'à certains égards l'usufruit paternel est gouverné par des règles qui lui sont propres.

156. I. L'usufruit ordinaire est cessible et saisissable; il peut être hypothéqué quand il porte sur un immeuble. En est-il de même du droit de jouissance légale?

Nous pensons, avec la majorité des auteurs, que le droit de jouissance légale ne peut être ni aliéné, ni hypothéqué par le père ou la mère, et qu'il ne peut non plus être saisi par les créanciers de celui-ci. Autrement dit, le droit de jouissance légale est hors du commerce [3].

On objecte qu'il n'y a de biens hors du commerce que ceux qui sont déclarés tels par la loi; qu'en l'absence d'un texte, le droit de jouissance légale doit donc demeurer soumis au droit commun. Sans doute. Mais, ici comme ailleurs, la volonté du législateur n'a pas besoin d'être manifestée expressément, elle peut l'être tacitement; le législateur manifeste sa volonté comme il l'entend. Or est-il possible de douter

(1) V. sur ce point Bourges, 12 juin 1872, S., 73. 2. 12, D., 73. 5. 479.

(2) Cass., 20 juil. 1897, D., 99. 1. 17, et 27 janv. 1904, D., 04. 1. 521.

(3) Valette sur Proudhon, II, p. 267; Duranton, IV, n. 486; Demante, II, n. 129 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 25; Demolombe, VI, n. 527 et 542; Taudière, *op. cit.*, p. 92; Vigié, I, n. 661; Planiol, I, n. 1698 s. — Cpr. Cass., 29 juin 1869, S., 70. 1. 65 et la note. — Cass., 5 janv. 1870, S., 70. 1. 156. — Bordeaux, 2 août 1871, S., 71. 2. 199. — Bordeaux, 21 fév. 1893, D., 93. 2. 361. — *Contra* Chardon, *op. cit.*, n. 108; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 461; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 125, 221; Duvergier, *De la vente*, I, n. 213; Laurent, IV, n. 328. — Cpr. Huc, III, n. 189; *Traité de la cession*, I, n. 21.

que le législateur ait entendu mettre le droit de jouissance légale hors du commerce? Il fait de cette jouissance un attribut de la puissance paternelle, donnant ainsi très clairement à entendre que la jouissance légale est inséparable de la puissance paternelle, et par suite incessible comme elle; il n'a pas paru plus nécessaire de décréter l'incessibilité du droit de jouissance légale que celle de la puissance paternelle.

On dit encore : Sans doute le droit de jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle; mais il n'y a là qu'une simple différence d'origine avec l'usufruit ordinaire. La seule conséquence juridique qui en découle, c'est que la jouissance légale doit prendre fin avec la puissance paternelle à laquelle elle est attachée; il n'en résulte aucunement que les règles générales de l'usufruit lui soient inapplicables. Il ne faut pas confondre, en effet, les droits moraux, extra-patrimoniaux, qui sont de l'essence de la puissance paternelle, avec les droits lucratifs, la récompense pécuniaire, accordés à celui qui est investi de l'autorité paternelle. La puissance paternelle est essentiellement un devoir que la loi impose aux père et mère dans l'intérêt de l'enfant. On comprend qu'ils ne puissent pas en disposer; mais on ne peut en dire autant de l'usufruit légal. On ne peut y voir un devoir établi dans l'intérêt de l'enfant. C'est un simple droit pour le père, un droit pécuniaire, dont aucun texte ne lui enlève la libre disposition. Ce droit est donc dans le commerce comme l'usufruit ordinaire; comme lui, il peut être saisi, aliéné, hypothéqué. Tout au plus peut-on se heurter à des difficultés de fait qui ne compromettent nullement l'existence du droit lui-même. — Nous répondrons que la loi a fait de la jouissance légale un droit exclusivement attaché à la personne du père ou de la mère et qui ne peut appartenir à nul autre; que les difficultés inévitables qui naîtraient de la cession ou de la saisie de ce droit constitueraient une entrave à l'exercice de la puissance paternelle; et que si le père ne peut pas renoncer purement et simplement à l'exercice de cette puissance, de même il ne peut y porter atteinte indirectement en cédant son usufruit. Il existe, en

effet, un lien étroit entre le droit de jouissance légale et les pouvoirs d'administration que la loi a conférés au père ou à la mère. Aux termes de l'art. 389, le père est l'administrateur des biens de ses enfants mineurs. Il ne peut faire aucun acte qui compromette ses devoirs d'administrateur et qui le mette dans l'impossibilité de gérer utilement. Or il ne pourrait guère gérer convenablement, si l'usufruit était cédé à un tiers. Ce tiers, usufruitier à la place du père, pourrait réclamer l'administration des biens, en vertu de l'art. 593. Or le père ne peut pas s'en dessaisir. Il faudrait donc dire que le droit du cessionnaire se réduirait simplement à un droit de jouissance ; mais alors il y aurait, quoi qu'on en dise, une différence entre l'usufruit paternel et l'usufruit ordinaire ; et l'on serait forcé de reconnaître que la cession faite par le père ne produit pas les mêmes effets que l'aliénation consentie par un usufruitier ordinaire. Même en réduisant à cette mesure les effets de la cession, il n'en resterait pas moins vrai que l'administration conservée par le père serait singulièrement entravée. Le tiers cessionnaire, guidé par son seul intérêt, pourrait s'opposer aux améliorations que le père a le devoir d'accomplir dans l'intérêt de l'enfant. On a beau dire, dans l'opinion opposée à la nôtre, que c'est là une simple difficulté de fait, et que si le père, par son fait, s'est mis dans l'impossibilité d'administrer convenablement les biens de son enfant, il en sera responsable envers celui-ci. Nous répondrons qu'il n'y a pas là une simple question de responsabilité et de dommages-intérêts. La question est plus haute. Il s'agit de savoir si le père a le droit de faire un acte juridique le gênant dans l'exercice des pouvoirs d'administration dont il est investi dans l'intérêt de l'enfant. La question ainsi posée nous paraît devoir être résolue par la négative.

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons encore faire valoir un autre argument. Si le droit de jouissance légale peut être cédé, les charges qui grèvent ce droit devront passer au cessionnaire ; car la charge fait partie du droit, dont elle diminue la valeur. Or, parmi ces charges, il en est qui paraissent essentiellement personnelles à l'usufruitier légal, notamment l'obligation de nourrir, entretenir et élever l'en-

fant suivant sa fortune (art. 385); en tout cas la question de savoir de quelle manière cette charge devrait être supportée par le cessionnaire donnerait lieu à de grosses difficultés. En effet, la loi n'a pas déterminé l'importance de cette charge, et elle ne pouvait pas le faire. C'est une question qu'elle a dû laisser à l'appréciation du père. Et alors de deux choses l'une : ou le tiers acquéreur ou adjudicataire de l'usufruit devrait subir toutes les décisions du père, qui pourrait, dans ce cas, réduire ses droits à néant; ou bien on lui permettrait de contester l'utilité des dépenses proposées par le père, et celui-ci serait singulièrement gêné dans l'exercice de la puissance paternelle. Là encore il ne s'agirait pas d'une simple difficulté de fait sans influence sur le droit. On ne peut admettre que le père ne soit pas libre dans l'exercice de son autorité.

Enfin, il faut bien reconnaître que si on permet au père de céder et à ses créanciers de saisir et faire vendre l'usufruit légal, le droit conféré à l'acquéreur sera bien peu solide. Le père pouvant toujours émanciper son enfant lorsque celui-ci a atteint l'âge requis, il dépend de lui de mettre fin à l'usufruit légal.

Pour bien préciser la doctrine que nous avons soutenue, il convient de présenter une observation importante. Ce que nous avons déclaré incessible et insaisissable, c'est le *droit de jouissance* lui-même. Mais il en est autrement des produits de ce droit. Une fois que ces produits sont entrés dans le patrimoine de l'usufruitier par leur perception ou leur échéance, celui-ci peut en disposer comme il l'entend. De même ses créanciers peuvent les saisir et les faire vendre, déduction faite des charges qui diminuent l'émolument, c'est-à-dire de ce qui est nécessaire aux besoins de l'enfant. Autrement dit, le *produit net* de l'usufruit peut être cédé par le père et saisi par les créanciers de celui-ci [1].

[1] Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 219, 220; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 109; Zachariæ, et Massé et Verge, I, § 189, texte et note 14; Marcadé, II, n. 159; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, p. 84; Demante, II, n. 129 *bis*, II; Demolombe, VI, n. 528, 529, 542; Huc, III, n. 192. — Lyon, 23 juin 1849, D., 50. 2. 24. — Lyon, 13 nov. 1894, D., 96. 2. 393. — Bordeaux, 21 fév. 1893, D., 93. 2. 361. — Cpr. Bordeaux, 19 juin 1849, D., 49. 2. 21, S., 49. 2. 681. — Douai, 4 mars 1859, S., 59. 2. 346.

Le droit de jouissance légale n'est donc pas dans le commerce. A vrai dire, il ne constitue pas un usufruit ordinaire, c'est-à-dire un droit réel, démembrement de la propriété. C'est un avantage personnel conféré au père ou à la mère en compensation des charges qu'entraîne l'exercice de la puissance paternelle, ou, si l'on veut, un traitement ou une récompense qui lui est alloué [1].

156 *bis*. II. Aux termes de l'art. 599, al. 2, C. c., l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. D'après la jurisprudence, les constructions élevées par l'usufruitier sur le fonds soumis à sa jouissance sont comprises parmi les améliorations dont il est question dans ce texte. L'usufruitier doit, à la cessation de son usufruit, les abandonner au nu-propriétaire, et il n'a droit, de ce chef, à aucune indemnité [2]. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'appliquer ces règles rigoureuses au père ou à la mère usufruitier légal. Celui-ci n'est pas en effet dans la même situation juridique qu'un usufruitier ordinaire.

L'usufruitier ordinaire et le nu-propriétaire ont des droits réels indépendants. L'usufruitier gère pour lui-même ; il n'est pas tenu de prendre en mains les intérêts du nu-propriétaire et d'améliorer la chose qui appartient à ce dernier. Il en est tout autrement du père ou de la mère usufruitier légal, dans ses relations avec son enfant. Lorsque (ce qu'il faut supposer pour que notre question se présente) il administre, en qualité de tuteur ou d'administrateur légal, les biens dont il a la jouissance, il est tenu envers son enfant d'une obligation particulière dont n'est pas tenu l'usufruitier ordinaire. Comme le dit très justement la cour de Rennes (24 fév. 1902, S., 03. 2. 66), il gère, non seulement pour son propre compte, mais encore pour celui de son enfant mineur. Il doit veiller aux intérêts de celui-ci ; c'est son devoir qu'il accomplit, en réalisant les améliorations, ou en édifiant les constructions, qui

(1) Proudhon, *op. cit.*, I, n. 126 ; Demolombe, VI, n. 527 ; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, note 5 ; Huc, III, n. 189 ; Vigié, I, n. 661 ; Planiol, I, n. 1698.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 573.

augmentent la valeur du bien dont il a en même temps la jouissance et l'administration. L'équité et les principes généraux du droit exigent que l'exécution de son obligation ne soit pas pour lui la cause d'un préjudice pécuniaire. Il faut donc lui permettre de réclamer à son enfant une indemnité égale au montant de la plus-value que ses travaux ont procurée au patrimoine de celui-ci.

157. III. Voilà donc deux différences entre l'usufruit ordinaire et le droit de jouissance légale. Beaucoup d'auteurs enseignent qu'il en existe encore une autre; mais ce n'est pas ici le lieu d'étudier cette question qui se pose au sujet de l'art. 453. Nous nous contenterons de la signaler ici, en renvoyant l'examen au titre *De la tutelle*.

§ III. *Des charges de la jouissance légale.*

158. Elles sont énumérées par l'art. 385, ainsi conçu : « *Les charges de cette jouissance seront : 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; — 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune; — 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux; — 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie* ».

Reprenons chacun des termes de cette énumération :

159. I. Les charges auxquelles sont soumis les usufruitiers ordinaires [1].

Ces charges sont indiquées dans les art. 600 et suivants. Il y en a une toutefois dont l'usufruitier légal est affranchi, c'est l'obligation de fournir caution (art. 601). L'affection paternelle en tiendra lieu [2].

L'usufruit paternel étant un usufruit universel, il y aurait lieu d'appliquer les dispositions des art. 610 et 612.

Outre ces charges qui, de droit commun, grèvent tout usufruit, l'usufruitier légal est astreint à des obligations spéciales.

[1] Il s'agit, bien entendu, uniquement des charges usufructuaires grevant les biens dont le père a la jouissance légale. Mais le père ne serait pas tenu de celles qui pèsent sur les autres biens de l'enfant (Cpr. Cout. de Paris, art. 267).

[2] Cpr. Toulouse, 25 fév. 1845, S., 45. 2. 582, D., 45. 4. 438.

160. II. « La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, » selon leur fortune ».

Cette disposition ne fait-elle pas double emploi avec celle de l'art. 203 qui a déjà dit : « Les époux contractent ensemble » par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entre- » tenir et élever leurs enfants » ? Non ; il y a, entre l'obligation de l'art. 203 et celle de l'art. 385-2°, des différences importantes (1). Elles n'ont pas la même cause : celle de l'art. 203 découle de la procréation ; les époux en sont tenus en leur qualité de père et de mère ; celle de l'art. 385 a pour cause l'usufruit lui-même. De cette différence d'origine découlent les conséquences suivantes :

a. L'obligation de l'art. 203 est imposée aux deux époux, tandis que celle de l'art. 385-2° ne pèse que sur l'époux qui a la jouissance légale. Ainsi un enfant mineur, qui a encore ses père et mère, possède un patrimoine dont son père a la jouissance légale ; la mère se trouvera ainsi déchargée de l'obligation dont elle est tenue en vertu de l'art. 203 (2).

b. Lorsque la jouissance des biens de l'enfant n'appartient pas au père, ce dernier est tenu seulement en vertu de l'art. 203. Dès lors, il peut imputer les dépenses faites pour l'enfant sur les revenus de celui-ci. Au contraire, quand le père a la jouissance légale, ne fût-ce que d'une partie des biens de l'enfant, il est tenu de supporter tous ces frais *de suo*, sans pouvoir les imputer sur les revenus des biens dont il n'a pas l'usufruit. En acceptant la jouissance légale, il a pris à sa charge, à titre de forfait, toutes les dépenses de nourriture, d'entretien et d'éducation de l'enfant (3).

c. L'étendue de la charge imposée par l'art. 385-2° se détermine d'après la fortune des enfants : « Selon leur fortune », dit ce texte (4). Au contraire, l'étendue de l'obligation

(1) V. cependant Duranton, III, n. 398.

(2) Marcadé, II, n. 159 ; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, p. 87. — Cpr. Demolombe, VI, n. 541 ; Laurent, IV, n. 331 ; Planiol, I, n. 1701.

(3) Proudhon, *De l'usuf.*, I, n. 183 s. ; Chardon, *op. cit.*, n. 148 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* : Demolombe, VI, n. 540 ; Laurent, *loc. cit.* : Huc, III, n. 192. — Cpr. Demante, II, n. 130 *bis*, I ; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 460 ; Arntz, I, n. 658 ; Vigié, I, n. 664.

(4) Cpr. Rennes, 11 janv. 1904, D., 04. 2. 351.

imposée par l'art. 203 se détermine d'après la fortune des parents, ou, pour mieux dire, c'est aux parents qu'il appartient de régler l'éducation qu'ils veulent donner à leur enfant, et le pouvoir d'appréciation dont ils sont investis à cet égard n'a d'autres limites que celles qui sont fixées à la puissance paternelle elle-même [1].

161. III. « Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux ». Il s'agit des arrérages ou intérêts des capitaux passifs ou dettes qui grèvent le patrimoine de l'enfant soumis au droit de jouissance légale. Ces arrérages ou intérêts sont à la charge de l'usufruitier légal. Vraisemblablement, la loi n'entend pas parler des arrérages ou intérêts qui viennent à échéance pendant la durée de la jouissance légale. En effet, ils étaient déjà compris dans la disposition de l'art. 385-1°, qui met au compte de l'usufruitier légal les charges dont sont tenus les usufruitiers ordinaires (V. art. 610 et 612). Il s'agit plutôt des intérêts et arrérages échus lors de l'ouverture du droit de jouissance, et qui n'étaient pas encore payés à ce moment, en un mot des intérêts et arrérages *arriérés*, qu'en l'absence de cette disposition l'usufruitier légal n'aurait pas été tenu de payer, parce qu'ils sont une charge de la jouissance antérieure. Ce qui donne une très grande force à cette interprétation, c'est qu'elle peut s'appuyer sur notre ancien droit, qui a ici une grande autorité, puisqu'il s'agit d'une matière toute traditionnelle. On comprend d'ailleurs cette décision. Le défunt, dont le patrimoine a été transmis à l'enfant, aurait probablement payé les intérêts ou arrérages arriérés sur son revenu futur, et non sur son capital; en tout cas, il est de bonne administration de procéder ainsi, et il était tout naturel que la loi imposât cette ligne de conduite à l'usufruitier légal [2].

[1] Marcadé, II, n. 159; Vigié, *loc. cit.*

[2] Trib. d'Arras, 5 juin 1859, S., 59. 2. 387, D., 60. 3. 70. — Trib. du Puy, 25 mars 1865, D., 65. 3. 24. — Marcadé, II, n. 160; Valette sur Proudhon, II, p. 256, 257; Vazeille, *Du mariage*, II, n. 438; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 15; Duranton, Bourjon et Roustain, I, n. 565; Demante, II, n. 130 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 20; Demolombe, VI, n. 544 s.; Laurent, IV, n. 232; Huc, III, n. 103; Aubry, I, n. 659; Vigié, I, n. 664; Planiol, *loc. cit.* — Contra : Lyon, 16 fév. 1835, S., 35. 2. 310, *J. G.*, v° *cit.*, n. 151. — Nîmes,

L'art. 385-3° étant exceptionnel, il est douteux toutefois que sa disposition doive s'appliquer aux loyers et fermages arriérés, car il ne s'agit pas là d'arrérages ou intérêts de capitaux (1).

162. IV. « Les frais funéraires et ceux de dernière maladie ». Il s'agit des frais funéraires et des frais de dernière maladie de la personne dont l'enfant est devenu l'héritier, et non, comme l'a prétendu un auteur dont l'opinion est depuis longtemps abandonnée, des frais funéraires et des frais de dernière maladie de l'enfant lui-même.

En effet, si la loi avait eu en vue l'enfant, ce ne sont pas seulement les frais de la dernière maladie qu'elle aurait mis à la charge de l'usufruit paternel, mais les frais de toutes ses maladies. A bien dire, d'ailleurs, les frais des maladies dont l'enfant peut être atteint, de la dernière comme des autres, sont compris dans les frais d'entretien, que le 2° de notre article a déjà fait figurer parmi les charges de l'usufruit paternel, et il était inutile d'en parler de nouveau. En troisième lieu, la dette des frais funéraires de l'enfant prend naissance par la mort de celui-ci; or cet événement met précisément fin à l'usufruit paternel, et il serait inexplicable que la loi eût grevé cet usufruit d'une charge qui prend naissance après qu'il a cessé d'exister. Rationnellement, cette charge doit grever la succession de l'enfant, et non l'usufruitier légal. Enfin, et ceci doit lever tous les doutes, plusieurs de nos anciennes coutumes contenaient une disposition formelle conçue en ce sens, et telle était aussi la jurisprudence admise sous l'empire de la coutume de Paris, bien qu'elle fût muette sur ce point (2).

9 juil. 1856, D., 57. 2. 83, S., 57. 2. 161. — Nancy, 28 mai 1881, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 114. — Duranton, III, n. 401; Chardon, *op. cit.*, n. 150; Zachariæ, I, § 189, texte et note 15. — Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 206 et 207; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1134.

(1) Demolombe, VI, n. 546.

(2) Pothier, *Traité de la garde noble*, n. 94. — Douai, 22 juil. 1855, S., 55. 2. 619, D., 55. 2. 83. — Proudhon, *op. cit.*, I, n. 210 et 211; Marcadé, II, n. 161; Duranton, III, n. 402; Chardon, *op. cit.*, n. 152; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 189, texte et note 16; Demante, II, n. 130 *bis*, III; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 21; Demolombe, VI, n. 547; Laurent, IV, n. 333; Arntz, I, n. 660; Huc, III, n. 194; Vigié, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.* — *Contra* : Delvincourt, I,

La règle posée par l'art. 385-4° doit, à notre avis, être appliquée au deuil de la veuve qui, dans l'ancien droit, était généralement considéré comme compris dans les charges de la garde [1].

163. Telles sont les obligations qui pèsent sur l'usufruitier légal. A vrai dire, ce sont moins des charges personnelles du père ou de la mère ayant la jouissance légale qu'une charge réelle inhérente à l'usufruit. L'art. 385 nous l'indique en termes assez clairs : « Les charges de cette jouissance... ». Donc le père ou la mère n'en est pas personnellement tenu. Il y est obligé *propter rem*, à raison de sa jouissance [2]. De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° Les créanciers de l'enfant ne peuvent poursuivre le père qu'en sa qualité d'usufruitier, ayant cause de l'enfant. Donc le père peut leur opposer les exceptions dont ce dernier aurait pu se prévaloir. Par exemple, l'enfant a été appelé à une succession, qui a été acceptée en son nom. Le père, si les créanciers héréditaires agissent contre lui, pourra, comme l'enfant lui-même, invoquer le bénéfice d'inventaire [3].

2° L'enfant reste débiteur personnel et ses créanciers peuvent le poursuivre, sauf, s'il y a lieu, son recours contre l'usufruitier légal [4].

3° Enfin, le père ou la mère peut-il, en renonçant à l'usufruit, se soustraire aux poursuites des créanciers? C'est là une question sur laquelle nous reviendrons bientôt (*infra*, n. **177**).

§ IV. *Comment la jouissance légale prend fin.*

164. On peut distinguer deux catégories de modes par lesquels s'éteint le droit de jouissance légale : Il en est qui

p. 97, note 4. — Cpr. Rennes, 11 janv. 1904, D., 04. 2. 351 et Cass., 22 juin 1905, D., 07. 1. 58.

[1] Vazeille, *op. cit.*, II, n. 442; Proudhon, *op. cit.*, I, n. 212 et 213; Chardon, *op. cit.*, n. 154; Demolombe, VI, n. 548; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 22. — Douai, 22 juil. 1855, *supra*. — Paris, 10 août 1864, S., 64. 2. 286.

[2] Il en est ainsi du moins des charges correspondant à la jouissance future. — V. *infra*, n. 177.

[3] Chardon, *op. cit.*, n. 110; Demolombe, VI, n. 550.

[4] Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 218; Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 24; Laurent, IV, n. 334.

sont propres à l'usufruit paternel ; d'autres lui sont communs avec l'usufruit ordinaire.

N° 1. Modes d'extinction propres au droit de jouissance légale.

165. I. Aux termes de l'art. 384, l'usufruit légal prend fin lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis.

166. II. De même l'émancipation de l'enfant, survenue avant l'âge de 18 ans, entraîne la cessation de la jouissance légale. Il n'y a pas à distinguer entre l'émancipation expresse et l'émancipation tacite résultant du mariage.

L'émancipation conférée expressément au mineur peut être révoquée dans les conditions fixées par l'art. 485. Bien que l'art. 486 prévoie seulement le cas du mineur en tutelle, il est certain que le mineur auquel le bénéfice de l'émancipation aura été retiré retombera sous la puissance paternelle, s'il a encore son père ou sa mère. La révocation n'a pas d'effet rétroactif. Donc les fruits échus ou perçus depuis l'émancipation et jusqu'au jour de la révocation resteront acquis à l'enfant. Mais que faut-il décider pour l'avenir? Si l'enfant a moins de 18 ans, le droit de jouissance légale va t-il revivre à dater du jour où l'émancipation a été révoquée, ou au contraire faut-il le considérer comme définitivement éteint ? La question est controversée.

Nous pensons que le père ou la mère peut de nouveau réclamer son droit de jouissance légale. Attribut de la puissance paternelle, dont il compense les charges, ce droit doit revivre lorsque renaît le droit de puissance paternelle [1]. La solution contraire est admise cependant par un grand nombre d'auteurs. Tout d'abord, disent-ils, il ne peut y avoir d'usufruit légal sans un texte qui le consacre. Or l'art. 384 nous dit bien que l'usufruit cesse par l'effet de l'émancipation ; mais nulle part la loi ne nous dit qu'il renaît par l'effet du retrait de

[1] Proudhon et Valette sur Proudhon, II, p. 445, note *a* ; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 465 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 17 ; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 29 ; Demolombe, VI, n. 555 ; Laurent, IV, n. 336 ; Huc, III, n. 197. — *Contra* Toullier, II, n. 1303 ; Chardon, *op. cit.*, n. 167 ; Duranton, III, n. 396 ; Marcadé, II, n. 169 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 697 ; Demante, II, n. 129 *bis*, VIII, et 257 *bis*, I ; Arntz, I, n. 661.

l'émancipation. Nous répondrons que notre solution peut s'appuyer sur un texte : c'est l'art. 486. Le mineur, nous dit la loi, retombe en tutelle et aussi, par conséquent, sous la puissance de ses parents, si ceux-ci sont vivants et capables. Si la puissance paternelle s'exerce à nouveau, il en doit être de même de ses attributs légaux. On objecte encore que le père, en conférant à l'enfant le bénéfice de l'émancipation, a renoncé à son usufruit et qu'il ne peut pas revenir sur sa renonciation. Mais il n'est pas exact que le père ait renoncé, directement du moins, à son droit de jouissance légale ; il en a été simplement privé par la loi, parce que l'enfant était soustrait à son autorité par l'émancipation. Celle-ci, étant révoquée, ne doit plus produire d'effets. On dit enfin qu'il résulte des textes et de l'esprit de la loi que la révocation de l'émancipation a lieu seulement dans l'intérêt de l'enfant et qu'elle ne peut profiter au père Or elle profiterait à ce dernier, s'il pouvait invoquer son droit de jouissance légale. Cela est vrai. Mais précisément les effets de la révocation, qui a un certain caractère de correction, seront bien plus complets, si l'enfant est privé de ses revenus. D'autre part, l'enfant a des garanties sérieuses contre un retrait injustifié. La révocation ne peut avoir lieu que lorsque ses engagements ont été réduits comme excessifs, c'est-à-dire lorsque l'événement a prouvé que l'enfant n'était pas digne de la faveur dont il avait bénéficié.

Une autre question se pose encore au sujet de l'émancipation. On a demandé si les créanciers du père pourraient faire révoquer l'émancipation comme contenant une renonciation frauduleuse à l'usufruit légal. La négative est presque unanimement enseignée. Le droit d'émanciper échappe à l'action des créanciers ; la cessation de l'usufruit n'est pas un effet direct de la volonté du père ; c'est la loi qui l'édicte. L'action paulienne est irrecevable [1].

[1] Toullier, VI, n. 708. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 21 ; Marcadé, II, n. 165. Allemand, *Du mariage*, II, n. 1138 ; Demante, II, n. 129 *bis*, IX ; Aubry et Rau, VI, § 561 *bis*, note 36 *in fine* ; Demolombe, VI, n. 594 ; Laurent, IV, n. 329. — Cpr. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Usufruit. patern.*, § 1 ; Chardon, *op. cit.*, n. 120.

167. III. Aux termes de l'art. 386 : « *Cette jouissance » n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre » lequel le divorce aura été prononcé* » (1). L'époux contre lequel le divorce a été prononcé subit seul la privation du droit de jouissance légale. La même déchéance n'atteint pas l'autre époux.

Ce que la loi dit du divorce ne devrait pas être étendu à la séparation de corps. L'époux contre lequel la séparation a été prononcée conserverait donc le droit de jouissance légale. *Pœnalia non sunt extendenda.*

168. Dans une deuxième partie, aujourd'hui abrogée, l'art. 386, tel qu'il était sorti des mains du législateur de 1803, indiquait encore une autre cause de déchéance de l'usufruit légal : « *et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage* ». La loi ne prononçait la déchéance de l'usufruit légal que contre la mère qui se remariait. Le deuxième mariage contracté par le père n'entraînait pas pour celui-ci la cessation de son droit de jouissance.

On disait, pour justifier le système du code civil, que, par son deuxième mariage, la mère passe sous l'autorité d'un nouveau maître, et que, si la loi lui eût conservé la jouissance des biens de ses enfants du premier lit, ce droit de jouissance aurait été en fait exercé par le deuxième mari, qui n'aurait pas manqué de le faire tourner à son profit ou au profit de la nouvelle famille fondée par le second mariage; tandis que le père qui se remarie gardera son indépendance, et exercera lui-même le droit d'usufruit que la loi lui conserve sur les biens de ses enfants du premier lit (2). — Mais n'est-ce pas là une différence plus apparente que réelle? Ce qui importe, c'est que les produits du droit de jouissance légale sur les biens des enfants du premier lit ne servent pas à alimenter la nouvelle famille fondée par le deuxième mariage du survivant. Or peut-on affirmer qu'ils ne recevront pas cette destination après le deuxième mariage du père, tout comme après le deuxième mariage de la mère? Sans doute, le père

(1) L. 21 fév. 1906.
(2) *Exp. des motifs*, Locré, VII, p. 65.

remarié exercera lui-même son droit de jouissance; mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et en fait il ne résistera guère à la tentation.

La différence que les auteurs du code civil avaient ainsi établie entre le père et la mère était donc bien difficilement justifiable. La loi du 21 février 1906 l'a fait disparaître, en abrogeant purement et simplement la partie finale de l'art. 386.

168 *bis*. Si le nouveau mariage de la mère a été contracté à une époque postérieure à celle à laquelle la loi du 21 février 1906 est entrée en vigueur, il va de soi que la mère conserve intact le droit de jouissance dont elle était investie sur les biens de ses enfants du premier lit. Mais l'application de la loi nouvelle est de nature à soulever des difficultés sérieuses en ce qui concerne la mère dont le nouveau mariage a été contracté avant l'abrogation de la partie finale de l'art. 386. Les lois n'ont pas d'effet rétroactif (art. 2 C. civ.). Comment faut-il entendre ce principe en notre matière ? C'est là une question qui ne laisse pas que d'être délicate, comme le sont du reste la plupart de celles que soulève le principe de la non-rétroactivité des lois. Le passé appartient tout entier à la loi abrogée; l'avenir est du domaine exclusif de la loi nouvelle. Mais la ligne de démarcation entre le passé et l'avenir est assez difficile à tracer, et la délimitation des domaines respectifs des deux lois successives est chose malaisée.

Il nous paraît certain que la mère, remariée sous l'empire de la loi ancienne, ne peut pas réclamer le bénéfice de la loi nouvelle pour la période antérieure à la mise en vigueur de celle-ci. Les revenus que, pendant cette période, ont produits les biens de ses enfants du premier lit, sont entrés définitivement dans le patrimoine de ces derniers, et leur mère ne peut pas y prétendre. Il y a là une situation acquise à laquelle la loi nouvelle ne peut porter aucune atteinte, des actes accomplis tout entiers sous l'empire de la loi actuellement abrogée et dont cette loi seule peut déterminer les conséquences. Permettre à la mère d'invoquer, pour la jouissance passée, les dispositions de la loi nouvelle, ce serait

incontestablement violer le principe de la non-rétroactivité des lois.

Mais la mère, qui a perdu son droit de jouissance légale par suite d'un mariage contracté sous l'empire de l'ancienne loi, a-t-elle recouvré ce droit *pour l'avenir* à partir du jour où la loi du 21 février 1906 est devenue applicable? Quel que soit le sens que l'on donne à la règle que les lois n'ont pas d'effet rétroactif [1], il est permis d'hésiter sur la solution que cette question comporte. En faveur de la négative, on peut raisonner de la manière suivante : L'enfant a repris la jouissance de ses biens en vertu de la loi ancienne et en est devenu le plein propriétaire. Il a un droit acquis, auquel il ne peut être porté atteinte par les dispositions de la loi nouvelle. Le mariage de sa mère, qui a donné naissance à ce droit, a été contracté avant la publication de la loi du 21 février 1906, et cette loi n'en peut modifier les conséquences, sinon elle agirait rétroactivement. De cette solution on peut en outre rapprocher celle qui est indiquée, *infra*, n. 169. — Nous préférons cependant l'opinion contraire. La loi du 21 février 1906 est en effet une loi d'ordre public, puisque la puissance paternelle, dont le droit de jouissance légale est un attribut, est une institution touchant aux intérêts généraux de la société. Or les lois de cette nature doivent être immédiatement appliquées aux situations que le législateur a eues en vue en les édictant. L'enfant, dans l'hypothèse que nous envisageons, ne peut pas prétendre qu'il a un droit acquis à conserver la jouissance de ses biens. Son intérêt privé s'efface devant l'intérêt général. Bien plus, on peut fort bien soutenir que son intérêt même commande qu'on lui applique immédiatement, dans ses rapports avec sa mère, les prescriptions de la loi nouvelle. Car la loi réglemente les attributs de la puissance paternelle en s'inspirant précisément de l'intérêt de l'enfant et dans la vue de lui ménager une protection efficace. Enfin le droit de jouissance légale est une rémunération accordée à la mère investie de la puissance paternelle; il a une cause successive : l'exercice de la puis-

[1] Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 126 s.

sance paternelle. Dès lors, on respecte suffisamment le principe de la non-rétroactivité des lois en ne permettant pas à la mère de réclamer les fruits qui, par leur perception ou leur échéance, sont déjà entrés dans le patrimoine de l'enfant. Mais on ne viole pas ce principe en restituant à la mère, pour l'avenir, le droit de jouissance que son convol lui avait fait perdre. Appliquer ainsi la loi nouvelle, ce n'est pas lui faire produire des effets dans le passé. Cette solution a été consacrée par un jugement du tribunal civil de la Seine du 26 juillet 1906 [1]; et c'était également en ce sens que la jurisprudence s'était prononcée lors de la promulgation du code civil; plusieurs arrêts avaient en effet décidé que, dès le jour où les dispositions du code civil étaient entrées en vigueur, le père ou la mère avait eu droit aux revenus des biens de ses enfants, malgré les prescriptions contraires du droit antérieur [2].

168 *ter*. Comme on le voit par les explications qui précèdent, les dispositions contenues dans la partie finale de l'ancien art. 386 sont encore aujourd'hui susceptibles de recevoir leur application, dans une mesure plus ou moins large suivant la solution que l'on donne à la question que nous venons d'examiner, aux femmes qui se sont remariées avant la mise en vigueur de la loi nouvelle. Aussi croyons-nous devoir conserver le commentaire que nous en donnions dans les éditions précédentes.

169. Si la mère remariée était de nouveau redevenue veuve, a-t-elle recouvré [3] le droit de jouissance qu'elle avait perdu par son convol? Quelques auteurs admettent l'affirmative [4]. L'usufruit, disent-ils, a été enlevé à la mère parce qu'elle s'est remariée; donc il a dû revivre lorsque le mariage a été dissous; *cessante causa, cessat effectus*. L'esprit

[1] *Gazette des Tribunaux*, 24 nov. 1906, D., 07. 5. 15.

[2] V. sur ce point Dalloz, *J. G.*, v° *Lois*, n. 238-1° et Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, n. 146.

[3] Nous parlons au passé, en supposant admise la solution soutenue par nous au n. 168 *bis*. Notre question se poserait, même au cas où la mère deviendrait veuve après la promulgation de la loi nouvelle, si l'on admet que cette loi n'a pas restitué à la mère le droit de jouissance que la loi antérieure lui avait enlevé.

[4] Taulier, I, p. 426; Laurent, IV, n. 338.

de la loi est d'ailleurs en ce sens; car alors il n'y a plus eu à craindre l'influence du deuxième mari. Nous croyons préférable l'opinion contraire, qui est généralement enseignée. La loi disait en termes absolus que la jouissance *cesse* à l'égard de la mère qui se remarie, et non pas qu'elle est simplement suspendue. Il y avait, à ce point de vue, une différence de rédaction remarquable entre l'art. 386, relatif au droit de jouissance, et les art. 380 et 381, qui se rapportent au droit de correction. L'art. 386 ne subordonnait pas l'extinction du droit de jouissance au maintien du lien créé par le deuxième mariage; il attachait la déchéance au fait même de la célébration du mariage. Donc le droit de jouissance a été définitivement éteint par le convol de la mère; il aurait fallu un texte pour qu'il pût revivre après la dissolution du mariage, et ce texte n'existait pas. Les motifs de la loi commandaient d'ailleurs cette solution; ils subsistaient, en partie du moins, même lorsque la mère était redevenue veuve. Sans doute, il n'y avait plus à redouter l'influence du deuxième mari, mais il y avait toujours lieu de craindre que la mère ne fît profiter ses enfants du deuxième lit des revenus de ceux du premier [1].

La mère ne pourrait même pas élever la prétention d'exercer son droit de jouissance sur les biens advenus à ses enfants depuis la dissolution de son nouveau mariage [2]. En effet, le droit de jouissance légale est indivisible : il s'applique, non pas à tels ou tels biens de l'enfant, mais à son patrimoine. Le deuxième mariage de la mère lui a donc fait perdre son droit tout entier. *Adde* arg. art. 1442.

170. Plus délicate est la question de savoir si la déchéance, que la loi faisait subir à la mère à raison de son deuxième mariage, était encourue quand ce mariage est nul. Beaucoup d'auteurs admettent l'affirmative. C'est, disent-ils, au fait de

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 144; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 470; Duranton, III, n. 386; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 189, texte et note 19; Chardon, *op. cit.*, n. 161; Demante, II, n. 131 *bis*, VI; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 32; Demolombe, VI, n. 562; Leloir, *op. cit.*, I, n. 175; Huc, III, n. 202; Arntz, I, n. 661; Planiol, I, n. 1704.

(2) Bourges, 18 juin 1890, D., 91. 2. 143.

la célébration du second mariage que la loi attachait la déchéance ; peu importe donc qu'il soit valable ou nul. C'est ainsi qu'au point de vue pénal, le fait d'avoir contracté un deuxième mariage avant la dissolution du premier entraîne l'application des peines dont la loi punit le crime de bigamie, alors même que le deuxième mariage est nul. On excepte toutefois le cas où le deuxième mariage de la mère aurait été contracté sous l'empire de la violence [1].

La solution contraire nous paraît préférable. Le texte disait que la jouissance cesserait à l'égard de la mère « dans le cas d'un second mariage ». Il fallait donc qu'il y eût un second mariage ; or il y en a bien un tant que le deuxième mariage de la mère n'a pas été annulé, et provisoirement la mère a subi la déchéance attachée à ce mariage ; mais quand il aura été annulé, non seulement il n'existera plus dans l'avenir (ce qui ne serait pas suffisant pour faire revivre un droit de jouissance éteint), mais il sera censé n'avoir jamais existé, et par suite tous les effets qu'il a produits, y compris la déchéance établie par l'art. 386, seront rétroactivement anéantis [2]. Cette solution devrait être maintenue *même* (nous devrions peut-être dire *surtout*) au cas où le nouveau mariage nul a été contracté de bonne foi par la mère ; c'est l'hypothèse du mariage putatif [3]. On objecte que le mariage, produisant alors tous ses effets civils (art. 201), a dû entraîner aussi la déchéance qui nous occupe ; car elle est un effet civil du mariage. Il faut répondre que le mariage contracté de bonne foi produit ses effets civils au profit de l'époux de bonne foi, *en sa faveur*, comme le dit l'art. 202, mais non contre lui ; or il s'agit ici d'un effet que l'on voudrait faire produire au mariage contre la femme. D'ailleurs, si l'on admet qu'un mariage nul n'a pas fait encourir à la mère la déchéance de l'art. 386, quand elle a été de mauvaise foi, on

[1] Marcadé, II, n. 168 ; Proudhon, *op. et loc. cit.* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 19 ; Demante, II, n. 131 *bis*, V ; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 33 ; Demolombe, VI, n. 563 et 564.

[2] Chardon, Vazeille, *loc. cit.* ; Laurent, IV, n. 338 ; Huc, III, n. 201 ; Planiol, *loc. cit.*

[3] Vazeille, Laurent, Huc, Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Duranton, III, n. 387.

ne peut pas admettre rationnellement qu'il la lui ait fait encourir quand elle a été de bonne foi.

171. On décidait avant la loi du 21 février 1906, et on doit *a fortiori* décider aujourd'hui, que la déchéance du droit de jouissance légale n'est pas encourue par la mère veuve vivant dans une inconduite notoire, alors même qu'elle donnerait le jour à des enfants naturels. C'est une conséquence de ce principe que les déchéances ne s'étendent pas [1]. L'opinion contraire a été, il est vrai, consacrée par quelques arrêts anciens et soutenue par certains auteurs [2]. Mais les arguments que l'on a fait valoir en ce sens tombent devant la considération capitale que nous avons présentée. On disait, en argumentant par analogie de l'art. 386 *in fine :* la loi prononce la déchéance de la jouissance légale contre la mère qui se remarie ; à plus forte raison doit-il en être de même de la mère qui mène une vie déréglée, surtout si des enfants naturels sont nés de sa débauche. N'est-il pas à craindre, en effet, que la mère ne dissipe les revenus de ses enfants légitimes, pour les faire servir à l'assouvissement de ses passions ou aux besoins de ses enfants naturels ? Nous répondrons que, sans doute, la loi aurait pu et peut-être dû prononcer la déchéance de l'usufruit légal ; mais elle ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de se substituer au législateur. Si la mère n'est pas déchue de la puissance paternelle, malgré le spectacle qu'elle donne à ses enfants, la puissance qu'elle conserve doit produire tous les effets que la loi y attache. Pour un motif identique, nous repousserons de même l'argument tiré de l'ancien droit. Les rédacteurs du code civil connaissaient les errements de notre ancienne jurisprudence. Dès lors, le silence qu'ils ont gardé sur l'inconduite de la

[1] Toullier, II, n. 1062 ; Chardon, *op. cit.*, n. 162 s. ; Duranton, III, n. 388 ; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 189, note 19 ; Marcadé, II, n. 168 ; Demante, II, n. 131 *bis*, IV ; Demolombe, VI, n. 565 ; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 31 ; Laurent, IV, n. 344 *bis* ; Arntz, *loc. cit.* — Cass., 19 avril 1843, S., 43. 1. 385, *J. G.*, v° *cit.*, n. 159. — Besançon, 1er août 1844, S., 46. 2. 176, D., 45. 2. 170. — Montpellier, 25 août 1864, D., 65. 2. 25, S., 64. 2. 225.

[2] Limoges, 16 juillet 1807, S., 13. 2. 290. — Limoges, 2 avril 1810, S., 13. 2. 290. — Limoges, 23 juillet 1824, S., 26. 2. 169, *J. G.*, v° *Puis. pat.*, n. 140. — Delvincourt, I, p. 97, note 8 ; Proudhon, *op. cit.*, I, n. 146.

mère doit être considéré comme significatif. C'est la preuve qu'ils ont voulu s'écarter, sur ce point, de la tradition coutumière. Enfin l'objection fondée sur l'art. 444 ne doit pas nous retenir davantage. D'après ce texte, l'inconduite notoire est une cause de destitution de la tutelle; mais autre chose est la destitution de la tutelle, autre chose la déchéance du droit de jouissance légale. Si la première peine est plus grave au point de vue moral, la deuxième l'est davantage au point de vue pécuniaire. La mère destituée de la tutelle pour inconduite notoire conserve donc son droit de jouissance légale (1).

Ce que nous avons dit de la mère doit, à plus forte raison, s'appliquer au père. L'inconduite notoire de celui-ci n'est pas une cause d'extinction de son droit de jouissance légale, non plus que son absence ou sa faillite (2).

172. IV. L'usufruit paternel s'éteint encore par le défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'art. **1442**. V. le commentaire de cet article.

173. V. Enfin le droit de jouissance légale, attribut de la puissance paternelle, cesse par voie de conséquence lorsque le droit de puissance paternelle s'éteint. Ce qui arrive dans le cas déjà examiné par nous où l'enfant est émancipé et aussi dans les trois cas suivants :

1° *Par la déchéance de la puissance paternelle.* Il importe peu que l'usufruitier légal ait subi cette déchéance de plein droit, par application de l'art. 1 de la loi du 24 juillet 1889, ou qu'elle ait été prononcée judiciairement contre lui, par application de l'art. 2 de la même loi.

2° *Par la mort de l'enfant.* En effet la loi fait porter le droit de jouissance sur les biens *de l'enfant;* or, si le droit de jouissance lui survivait, il porterait désormais sur les biens de ses héritiers. D'ailleurs la mort de l'enfant met fin à la puissance paternelle; elle doit mettre fin aussi à la jouissance légale, qui n'est accordée que comme attribut de cette puissance.

(1) Lyon, 4 juin 1878, S., 79. 2. 3, D., 79. 2. 167.
(2) Alger, 27 décembre 1890, S., 92. 2. 5.

3° *Par la mort du survivant des père et mère.* Le droit de jouissance ne passe donc pas, après la mort des deux auteurs de l'enfant, à ses ascendants ni à plus forte raison à ses collatéraux, pas plus que la puissance paternelle dont cette jouissance est un attribut. Cette cause d'extinction n'est du reste pas spéciale à l'usufruit paternel ; elle lui est commune avec l'usufruit ordinaire.

N° 2. Modes d'extinction communs au droit de jouissance légale et à l'usufruit en général.

174. I. La mort de l'usufruitier légal (*supra*, n. 173). Nous remarquerons que si, au décès du père, la mère existe encore, le droit de jouissance éteint dans la personne du père commence dans celle de la mère.

175. II. La renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance.

Il est certain que le père ou la mère peut renoncer à l'usufruit, après que celui-ci s'est ouvert à son profit, et même s'il l'a déjà accepté. C'est l'application du droit commun. La jouissance légale constitue pour le père ou la mère un droit d'ordre privé. Elle lui impose des charges qui peuvent être très lourdes. Il n'existe donc aucun motif pour lui refuser la faculté de renoncer à son droit, faculté qui appartient à l'usufruitier en général (1).

Nous devrons même décider que, s'il existe plusieurs enfants dont les biens sont grevés de l'usufruit paternel, le père ou la mère peut renoncer à son droit de jouissance sur les biens de l'un d'eux et le conserver sur le patrimoine des autres. La question faisait autrefois difficulté en ce qui concernait la garde. Aux yeux de certains auteurs (2), il était contraire à la bienséance que le gardien répudiât la garde d'un de ses enfants, parce qu'elle était onéreuse, pour conserver seulement la garde qui lui procurait un avantage

(1) La loi n'ayant pas réglé les formes de la renonciation, celle-ci peut être faite d'une manière quelconque, par exemple par une déclaration devant un notaire. Duranton, III, n. 403; Demolombe, VI, n. 489.

(2) Pothier, *Introd. au titre des fiefs*, n. 328. — Cpr. *Traité de la garde*, sect. II, § 1.

pécuniaire. Aujourd'hui, il ne paraît pas que notre solution puisse soulever le moindre doute. Il y a autant d'usufruits distincts qu'il y a de patrimoines. Le père peut renoncer à l'un pour s'en tenir à l'autre [1].

Mais peut-il renoncer par avance à son droit de jouissance légale, avant que celui-ci se soit ouvert à son profit? La question sera examinée au titre du *Contrat de mariage*.

176. Les créanciers peuvent-ils attaquer, comme leur portant frauduleusement préjudice, la renonciation que l'usufruitier légal a faite à son droit de jouissance? La question, qui était discutée dans l'ancien droit, ne paraît guère douteuse aujourd'hui. L'action paulienne doit être déclarée recevable. C'est le droit commun, tel qu'il résulte des art. **622** et **1167** [2].

177. Quels effets produit la renonciation? L'usufruit légal est grevé de certaines charges. L'usufruitier qui renonce à son droit est-il dégrevé de ces charges même pour le passé, ou cesse-t-il seulement d'en être tenu pour l'avenir? En d'autres termes, en ce qui concerne les charges de la jouissance, la renonciation opère-t-elle avec ou sans effet rétroactif? Ici encore nous nous trouvons en présence d'une controverse très grave.

Certains auteurs soutiennent que la renonciation agit rétroactivement et qu'en conséquence le renonçant est quitte de toutes ses obligations, même dans le passé, en restituant les fruits par lui perçus [3]. En effet, les charges qui pèsent sur lui sont des *charges réelles* de sa jouissance bien plus que des obligations personnelles. L'usufruitier en est tenu seulement *propter rem* et comme contre-partie de sa jouissance. Donc, s'il ne garde rien de ce qu'il a perçu, il doit être entièrement libéré.

Il nous paraît qu'en raisonnant ainsi on confond la renonciation de l'usufruitier à son droit avec la résolution de ce

[1] Demolombe, VI, n. 588.

[2] Marcadé, II, n. 167; Duranton, III, n. 394; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 21; Demante, II, n. 129 *bis*, IX; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, note 36; Demolombe, VI, n. 593; Laurent, IV, n. 339; Huc, III, n. 199.

[3] Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 23. — Cpr. Chardon, *op. cit.*, n. 111. — Lyon, 6 fév. 1890, D., 91. 2. 377.

droit. Si la résolution opère dans le passé, il n'en est pas de même de la renonciation. Celle-ci n'agit que pour l'avenir seulement. Elle n'empêche pas que le père ou la mère n'ait joui des biens de l'enfant pendant un certain temps. Donc il restera tenu des charges correspondant à sa jouissance passée. Sans doute ce sont des charges purement réelles. Mais cela veut dire simplement que l'usufruitier cesse d'en être tenu *pour l'avenir*, quand il renonce à sa jouissance. Pour la période antérieure à sa renonciation, ces charges se sont transformées en obligations personnelles, dont il restera tenu définitivement. Elles ont leur source ou leur cause dans la jouissance. Or il a joui dans le passé et sa jouissance ne cesse qu'à dater de sa renonciation (1). Nous conclurons donc par les propositions suivantes :

1° L'usufruitier reste tenu, malgré sa renonciation, d'acquitter les intérêts et arrérages dus par la personne à laquelle l'enfant a succédé, ainsi que les frais funéraires et de dernière maladie de cette personne.

2° Il doit également supporter les frais d'entretien, nourriture et éducation des enfants pendant le temps de sa jouissance.

3° Il en est de même des charges usufructuaires correspondant à sa jouissance passée.

4° Mais, au contraire, il est libéré, à partir de sa renonciation, des charges que nous venons d'énumérer sous les n. 2 et 3.

Des motifs analogues commandent d'appliquer la même règle au cas où l'usufruit a pris fin par une autre cause, par exemple par le convol de la mère survivante (2).

178. III. Le droit de jouissance peut encore prendre fin par l'abus de jouissance de l'usufruitier légal. Cette cause d'extinction, résultant de l'art. 618, a ceci de particulier qu'elle n'agit pas de plein droit. La déchéance doit être prononcée par la justice. Les magistrats sont d'ailleurs autorisés à user de certains ménagements selon les circonstances.

(1) Lyon, 16 fév. 1835, *J. G.*, v° *cit.*, n. 151, S., 35. 2. 310. — Proudhon, *op. cit.*, I, n. 216 s.; Duranton, III, n. 403; Demolombe, VI, n. 590. — Cpr. Vigié, I, n. 664.

(2) Proudhon, *op. cit.*, I, n. 229; Demolombe, VI, n. 591. — Cpr. *supra*, n. 168 s.

Il n'est pas douteux que l'art. 618 ne doive recevoir son application en notre matière. Les règles de l'usufruit en général gouvernent en effet, en principe, le droit de jouissance légale. Aucun texte n'écarte ici la disposition de l'art. 618. Bien plus, celle-ci se justifie encore mieux pour l'usufruit paternel que pour l'usufruit ordinaire. C'est la loi qui confère au père ou à la mère la jouissance des biens de ses enfants mineurs, comme conséquence de la puissance paternelle. Or la puissance paternelle est organisée surtout dans l'intérêt des enfants. Il est donc nécessaire de sauvegarder la fortune de ceux-ci contre les abus de jouissance de l'usufruitier légal.

D'ailleurs les tempéraments autorisés par l'art. 618 peuvent être employés en faveur de l'usufruitier légal. Il ne faut pas oublier que cet usufruitier est le père ou la mère, qui, aux yeux de la loi, est plus digne d'intérêt que l'usufruitier ordinaire.

179. Reste une question très délicate. L'art. 385 grève de certaines charges la jouissance légale ; le père est tenu notamment de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. On demande si la déchéance peut être prononcée par la justice au cas où il ne satisferait pas à ces obligations.

Dans le sens de l'affirmative, on peut surtout faire valoir les deux arguments suivants [1] :

1° Telle était la règle admise dans l'ancien droit. Pothier nous dit que le gardien pouvait, suivant les circonstances, être privé de la garde quand il ne satisfaisait pas à ses obligations, par exemple lorsqu'il ne fournissait pas au mineur les aliments et l'éducation convenables. Le gardien pouvait être poursuivi à cet effet par le tuteur du mineur si celui-ci en avait un, et, à défaut de tuteur, par les proches parents de l'enfant.

2° On peut ajouter que cette solution est conforme à l'équité et aux principes généraux du droit. L'art. 618 n'est que l'application d'une règle plus générale qu'on peut formuler

[1] Zachariæ, I, § 189, texte et note 24 ; Proudhon, *De l'usuf.*, I, n. 190 ; Demante, II, n. 132 *bis*, VII, Laurent, IV, n. 344. — Paris, 4 fév. 1832, *J. G.*, v° *Puiss. pat.*, n. 158, 8° ; 32, 2, 332.

ainsi : lorsqu'un droit est concédé sous certaines charges, il peut être révoqué si ces charges ne sont pas remplies. Il en est ainsi surtout des droits constitués à titre gratuit (v. les art. 954 et 1046). Il y a quelque chose de synallagmatique dans l'usufruit légal. En acceptant la jouissance des biens de l'enfant, le père a contracté envers celui-ci certaines obligations corrélatives. Il est naturel et équitable qu'il encoure la déchéance lorsqu'il n'y satisfait pas. La loi le dit dans l'art. 618 pour l'abus de jouissance. A plus forte raison, la déchéance doit-elle être encourue par le père lorsqu'il ne remplit pas l'engagement, bien autrement sacré, de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Ces considérations sont évidemment très graves. Cependant, nous hésitons à accepter l'opinion qui vient d'être exposée. Il s'agit d'une déchéance. Or, pour prononcer une déchéance, il faut qu'on puisse invoquer un texte bien clair et des principes bien certains. Ces textes, ces principes existent-ils? Cela est tout au moins douteux. L'argument tiré de l'ancien droit ne suffit pas à lui seul. Sans doute, les rédacteurs du code se sont généralement inspirés de la tradition coutumière, dont il est légitime d'invoquer l'autorité. Mais on ne peut le faire qu'à titre en quelque sorte complémentaire, pour fortifier une solution dont on a pu déjà trouver les fondements dans les textes de notre loi. Il faut donc, tout d'abord, examiner ceux-ci. L'art. 618 ne peut évidemment servir à résoudre la difficulté. Il prévoit uniquement le cas où l'usufruitier a commis un abus de jouissance, soit en dégradant le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien. Ce n'est pas l'hypothèse que nous envisageons. Quant aux art. 954 et 1046, qui permettent de demander la révocation des donations et des legs pour cause d'inexécution des conditions, il n'est pas bien sûr qu'ils contiennent l'application d'un principe général. Même en admettant que l'art. 954 tire une simple conséquence de la règle générale posée en l'art. 1184, nous devrons remarquer qu'en édictant l'art. 954 et l'art. 1184, la loi n'a fait qu'interpréter équitablement la volonté probable des parties contractantes. De même, dans l'art. 1046, elle a donné satisfaction à la volonté probable du

testateur. Peut-on étendre ces solutions à un droit concédé par le législateur lui-même? Cela nous paraît bien délicat. La loi aurait pu prononcer la déchéance, mais elle ne l'a pas fait. Sa volonté est donc restée incertaine. Dans le doute, nous devons conclure par conséquent que la déchéance du père usufruitier légal ne pourra pas être prononcée pour inexécution de ses obligations. Telle est la solution généralement acceptée en doctrine et en jurisprudence (1).

Avant la loi du 24 juillet 1889, on admettait cependant certains tempéraments. La loi imposant des charges à l'usufruitier légal, il était impossible que ses prescriptions restassent lettre morte. Il fallait donc trouver un moyen de contraindre l'usufruitier à accomplir les charges qui lui sont imposées. Mais on se heurtait à de très graves difficultés, lorsqu'il s'agissait de déterminer les mesures que les tribunaux étaient autorisés à prendre. Quand les enfants étaient en tutelle, on décidait que l'administration des biens grevés du droit de jouissance serait confiée au tuteur, qui remettrait au père les revenus, à charge de justifier de leur emploi. Si le mariage durait encore, on admettait que l'administration des biens serait remise à un administrateur judiciaire, lequel verserait entre les mains du père l'excédent libre des revenus. Ces diverses solutions étaient l'application du principe, consacré par la jurisprudence, que les tribunaux ont le pouvoir de contrôler l'exercice de la puissance paternelle (2). Peuvent-elles encore être admises depuis la loi du 24 juillet 1889? Nous ne le pensons pas. Cette loi est venue enlever aux tribunaux le pouvoir de contrôle qu'en l'absence de textes ils s'étaient attribué sur l'exercice de la puissance paternelle. Dès lors, si la déchéance de la puissance paternelle n'est pas encourue par le père, celui-ci conservera intact son droit de jouissance légale.

(1) Chardon, *op. cit.*, n. 158, et les autorités citées à la note suivante.

(2) Marcadé, II, n. 167, 2°, Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 24; Demolombe, VI, n. 599 et 600; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, note 37. — Cass., 19 avril 1843, *J. G.*, v° *cit.*, n. 159, S., 43. 1. 385. — Besançon, 1er août 1844, S., 46. 2. 176, D., 45. 2. 170. — Montpellier, 25 août 1864, D., 65. 2. 25, S., 64. 2. 225.

SECTION IV

DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE

180. Le père ou la mère, ayant l'exercice de la puissance paternelle, a de plein droit l'administration des biens de l'enfant. Il est également chargé de le représenter dans les actes juridiques. Mais ces pouvoirs ne lui appartiennent que tant que la tutelle n'est pas organisée. Nous avons déjà mis ce point en lumière (*supra*, n. 129).

La loi s'occupe de l'administration légale, d'une manière par trop sommaire, dans l'art. 389, al. 1, qui est ainsi conçu :

« *Le père est, durant le mariage, administrateur des biens* » *personnels de ses enfants mineurs. — Il est comptable,* » *quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a* » *pas la jouissance; et quant à la propriété seulement, de* » *ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit* ».

L'art. 389 a été inséré dans le code civil sur la demande du Tribunat [1]. Celui-ci fit observer que, d'après la tradition [2], le père n'était pas, durant le mariage, traité comme un véritable tuteur et qu'il n'y avait pas lieu, par conséquent, de lui appliquer les règles de la tutelle. Des motifs invoqués par le Tribunat, motifs que nous avons développés précédemment, il résulte que l'art. 389 a été placé à tort au titre *De la tutelle*. C'est au titre *De la puissance paternelle* qu'il aurait dû être placé, puisque l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle [3].

De la place que les rédacteurs du code civil ont assignée à l'art. 389 on serait peut-être tenté de tirer cette conséquence, que les règles de la tutelle doivent être appliquées à l'administration légale du père ou de la mère. Il nous paraît certain que cette manière de voir est absolument contraire aux intentions formelles du législateur. Et tel est aussi le

(1) Locré, VII, p. 215; *Adde Exposé des motifs*, Locré, VII, p. 234.

(2) V. de Laurière sur Loysel, *Inst. coutum.*, I, IV, 1; Coquille, *Cout. du Nivernais*, art. 2.

(3) V. cep. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 4.

sentiment presque unanime de la doctrine [1]. Il résulte des travaux préparatoires que les rédacteurs du code ont entendu se conformer aux errements de l'ancien droit. La distinction des deux institutions est faite d'ailleurs, d'une manière très nette, dans les art. 389 et 390. L'art. 389 nous parle de l'administration légale, qui a lieu pendant le mariage. L'art. 390 nous dit que la tutelle s'ouvre après la dissolution du mariage. Pourquoi deux textes différents, si la tutelle et l'administration légale ne font qu'une seule et même institution ?

Donc la tutelle et l'administration légale ne sont pas soumises aux mêmes règles. Mais en quoi diffèrent-elles exactement ? C'est là une question que le silence du code rend très délicate à résoudre. Pour simplifier le débat, nous procèderons par voie d'élimination [2].

181. I. Il paraît certain tout d'abord que les dispositions du titre *De la tutelle* concernant les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle sont inapplicables au père administrateur légal [3].

Que le père ne puisse invoquer les excuses admises par la loi au profit du tuteur, cela est évident. D'abord il n'y a pas de texte qui le lui permette. Puis la situation du père et celle du tuteur ne sont pas les mêmes. La tutelle est plus onéreuse que l'administration légale. Enfin l'administration légale est un des attributs de la puissance paternelle ; le père qui conserve la puissance paternelle ne peut pas se soustraire aux charges qu'elle impose [4].

[1] Demolombe, VI, n. 413 s.; Seligman, *Rev. crit.*, 1875, p. 690 s.; Laurent, IV, n. 301 s.; Aubry et Rau, 5e édit., I, § 123; Huc, III, n. 234; Vigié, I, n. 819; Thomas, *Rev. gén. du droit*, 1898, p. 432 s.; Wagner, *Rev. trimestrielle*, 1902, p. 789 s.; Surville, I, n. 364; Planiol, I, n. 1711.

[2] Sur l'étendue des pouvoirs d'administration du père ou de la mère, v. codes civils néerlandais, art. 362 s.; portugais, art. 146 s.; espagnol, art. 159 s.; italien, art. 224 s.; allemand, art. 1627 s.

[3] Demolombe, VI, n. 430 (V. cependant n. 424 s.); Laurent, IV, n. 301; Aubry et Rau, I, § 123, texte et notes 11 et 16; Seligman, *op. cit.*, p. 695 s.; Thomas, *op. cit.*, p. 446 s., 453 s.; Planiol, I, n. 1722. — Cpr. Valette sur Proudhon, II, p. 283, note *a*, IV; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 207, texte et note 17; Huc, III, n. 235. — *Contra* Demante, II, n. 137 *bis*, III.

[4] Certains auteurs admettent cependant que le père peut demander à la justice de le relever de ses fonctions d'administrateur, lorsque des causes graves, telles

Nous en dirons autant des causes d'incapacité. Il n'y a pas d'incapacité sans texte. A plus forte raison, ne peut-il être question ici des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle, qui ont un caractère infamant et sont essentiellement de droit étroit. Tous les auteurs, ou à peu près, sont d'accord sur le principe. Mais quant à l'application, ils se divisent. On se demande si les tribunaux sont investis en cette matière d'un pouvoir réglementaire et de contrôle. Cette question sera examinée à propos de la déchéance de la puissance paternelle.

182. II. On a beaucoup discuté autrefois la question de savoir si les immeubles du père administrateur sont grevés de l'hypothèque légale du mineur. L'accord s'est fait aujourd'hui dans le sens de la négative (1). Les textes du code civil ne donnent l'hypothèque au mineur que sur les biens de son tuteur. Or le père n'est pas tuteur, quand la tutelle n'est pas organisée. Les travaux préparatoires et les motifs de la loi sont formels en ce sens. On n'a pas cru nécessaire l'établissement d'une hypothèque sur les immeubles du père, parce que l'enfant a dans sa mère un protecteur, dont l'affection et la vigilance constituent, aux yeux du législateur, des garanties suffisantes.

Si un legs est fait au mineur, l'héritier débiteur du legs ne peut exiger qu'une hypothèque soit inscrite sur les biens du père. Il ne peut se refuser à délivrer la chose léguée au père, qui est le représentant légal du mineur, sous le prétexte que celui-ci ne fournit pas une garantie que la loi n'exige pas (2).

Supposons que le testateur, en faisant un legs au mineur, y ait mis cette condition que le père fournirait une hypothèque.

que des infirmités, le mettent dans l'impossibilité de les exercer utilement. Demolombe, VI, n. 430; Seligman, *op. cit.*, p. 700.

(1) Valette sur Proudhon, II, p. 282, note *a*; Duranton, III, n. 416; Demolombe, VI, n. 420; Laurent, IV, n. 309; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 10; Thomas, *op. cit.*, p. 444; Huc, Vigié, Planiol, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des priv. et hyp.*, II, n. 1178, et les autorités indiquées dans la note. — Sur les garanties à fournir par le père administrateur, v. codes civils portugais, art. 151; espagnol, art. 166 et 260; allemand, art. 1667 s.

(2) Toulouse, 25 fév. 1845, D., 45. 4. 438, S., 45. 2. 582. — Cpr. Lyon, 10 nov. 1877, S., 78. 2. 174.

La cour de cassation a jugé que cette clause est valable, parce qu'elle ne viole aucune loi [1]. Cette solution ne fait aucun doute, si l'on admet qu'une clause du testament peut priver le père de l'administration légale ; qui peut le plus peut le moins. Elle est beaucoup plus douteuse dans l'opinion contraire. Ce n'est pas sans motifs que la loi a dispensé le père de l'hypothèque légale. Le testateur peut-il défaire l'œuvre de la loi [2]?

183. III. Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille (art. 420). Au contraire, il n'y a pas lieu d'adjoindre au père administrateur légal un subrogé administrateur. Cela a été dit formellement au cours des travaux préparatoires. Le subrogé tuteur est en effet principalement chargé de surveiller la gestion du tuteur. Or il a paru inutile au législateur d'organiser une surveillance spéciale de la gestion du père administrateur légal ; l'affectueuse sollicitude de la mère vaut, à ses yeux, le contrôle d'un subrogé tuteur [3].

Mais le subrogé tuteur a encore une autre mission en matière de tutelle : il représente le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux de son tuteur. Il se peut de même qu'un conflit d'intérêts s'élève entre le père et l'enfant placé sous sa puissance. Par exemple, il s'agit de liquider une communauté de biens, ou une succession, appartenant par indivis au père et à l'enfant. Il est évident que, dans ce cas, le père ne peut pas continuer à représenter l'enfant ; il ne peut jouer à la fois deux rôles contradictoires [4]. Il faudra certainement donner à l'enfant un représentant spécial, dont les pouvoirs prendront fin avec l'affaire en vue de

[1] Cass., 30 avril 1833 (motifs), *J. G.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 189.

[2] Laurent, IV, n. 300.

[3] Toullier, II, n. 1090; Duranton, III, n. 415; Demante, II, n. 137 *bis*, I; Zachariæ, I, § 90, p. 40; Demolombe, VI, n. 421; Seligman, *op. cit.*, p. 693; Laurent, IV, n. 310; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 6; Huc, Vigié, *loc. cit.*; Thomas, *op. cit.*, p. 457; Planiol, I, n. 1711.

[4] Il en sera de même dans le cas où, deux enfants mineurs étant placés sous l'administration de leur père, un conflit d'intérêts s'élèvera entre eux. Le père ne pouvant les représenter en même temps, il faudra nommer à l'un d'eux un représentant spécial. — Cpr. Cass., 13 juil. 1903, S., 04. 1. 21.

laquelle il aura été nommé. Mais on ne s'accorde ni sur la qualification qui doit lui être appliquée, ni sur la manière dont il doit être nommé (1).

D'après certains auteurs et certaines décisions de jurisprudence, l'enfant doit être pourvu d'un *tuteur ad hoc* (2), institué par le conseil de famille conformément aux règles de la tutelle (3). A notre avis, le représentant spécial qui doit être donné au mineur serait mieux qualifié *d'administrateur ad hoc* (4). On nous objecte que la loi ne parle nulle part d'administrateur *ad hoc*, et que dans les cas où l'administration légale ne peut pas fonctionner, il n'y a de place que pour la

(1) Sur ce point, v. codes civils néerlandais, art. 365; portugais, art. 153; espagnol. art. 165; italien, art. 224; allemand, art. 1630, al. 2, et 1796; Laurent, *Avant-projet*, art. 366.

(2) Un subrogé tuteur *ad hoc* d'après Duranton, III, n. 415. — Un curateur, d'après Magnin, *Des minorités*, I, n. 115 et 116. — Cpr. Laurent, *Avant-projet, loc. cit.*

(3) Proudhon, II, p. 282: Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 207, texte et note 9; Demolombe, VI, n. 422 et 422 *bis*; Aubry et Rau, I, § 123, texte et notes 6 *bis* et 7; Seligman, *op. cit.*, p. 694. — Bordeaux, 19 mars 1875, D., 77. 2. 25, S., 76. 2. 97 et la note de M. Labbé. — Cass., 10 juin 1885, D., 85. 1. 465, S., 85. 1. 367. — Cpr. Paris, 18 fév. 1901, D., 01. 2. 362. D'après certains auteurs, ce tuteur *ad hoc* devrait être nommé par le tribunal. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 589 et 447; Laurent, IV, n. 310. — Cpr. Planiol, I, n. 1719 et 1720.

(4) Berlin, *Chambre du conseil*, n. 612; Vigié, I, n. 822; Huc, III, n. 236; Thomas, *op. cit.*, p. 438. — Paris, 9 janv. 1874, D., 76. 2. 23, S., 74. 2. 85. — Paris, 5 avril 1876, D., 77. 2. 34, S., 76. 2. 331. — Bordeaux, 2 juin 1876, D., 78. 1. 227, S., 76. 2. 330. — Cass., 14 janv. 1878, D., 78. 1. 227, S., 78. 1. 218. — Douai, 5 juill. 1878, D., 79. 2. 116, S., 80. 2. 8. — Trib. civ. de Châteauroux (motifs), 6 mars 1894, D., 95. 2. 75. — Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 197. — Bordeaux, 31 juill. 1900 et 4 fév. 1901, *Journal des Arrêts de la cour de Bordeaux*, 01. 1. 137. — Un arrêt de la cour de Paris du 1er mars 1901, D., 02. 2. 90, paraît faire dans ses motifs une distinction qui nous semble difficilement admissible. Dans l'espèce, le tribunal de première instance avait nommé aux mineurs un *administrateur spécial* pour les représenter dans les opérations de liquidation et partage d'une communauté de biens et d'une succession. La cour décide que les enfants n'avaient pas été valablement représentés : « Attendu que le tribunal... » était appelé à pourvoir à la défense des mineurs, *non dans un cas d'urgence, » par une mesure provisoire, ou en vue d'un acte spécialement déterminé et rentrant dans la catégorie des actes de simple administration, mais à raison » d'une liquidation de communauté et d'un partage de succession auxquels ils » étaient directement parties, et qui soulevaient d'ailleurs de graves contestations :* qu'aucun texte de loi ne donnait directement ou indirectement au tribunal » le pouvoir, *dans ces circonstances*, de désigner aux mineurs une personne char- » gée de les représenter..... ».

tutelle. Le titre d'administrateur légal est personnel au père et à la mère, et ne peut appartenir à nulle autre personne. Or l'administration légale est suspendue par suite de l'opposition d'intérêts qui existe entre le père et l'enfant. Le représentant spécial qui doit être donné à ce dernier ne peut donc être qu'un tuteur. D'ailleurs, dit-on encore, dans les cas où la loi ordonne de nommer à l'enfant un représentant spécial chargé de défendre ses intérêts en conflit avec ceux de ses protecteurs légaux, elle qualifie ce représentant de tuteur *ad hoc*, ou, plus simplement, de tuteur (art. 142, 159 ancien, 318, 838 C. civ. et 968 Pr. civ.). Cette argumentation ne nous paraît pas décisive. Il n'est pas exact de dire que l'administration légale est suspendue, lorsque les intérêts du père administrateur légal sont en opposition avec ceux de l'enfant. Aux termes de l'art. 390, la tutelle ne s'ouvre pas tant que vivent les deux époux. Il y a donc lieu simplement de remplacer le père dans ses fonctions d'administrateur. Quant aux textes qu'on nous oppose, ils n'ont pas grande portée. L'art. 142 suppose que la tutelle est déjà ouverte; l'ancien art. 159 prévoit le cas d'un enfant naturel qui n'a pas été reconnu, ou dont les parents sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. L'art. 318 est relatif à l'hypothèse toute spéciale de l'action en désaveu, qui met en question la paternité du mari et la légitimité de l'enfant. Or il ne peut être question d'administration légale pour un enfant illégitime. Quant aux art. 838 C. civ. et 968 Pr. civ., ils sont, il est vrai, plus embarrassants. La loi nous dit bien que, lorsque plusieurs mineurs ont des intérêts opposés dans un partage, il doit être nommé à chacun d'eux un *tuteur* spécial et particulier, et ce tuteur est nommé par le conseil de famille. Ces deux textes paraissent absolument généraux, et s'appliquent aussi bien aux mineurs dont la tutelle n'est pas ouverte qu'à ceux qui sont déjà en tutelle. Mais il se peut néanmoins que le législateur ait songé uniquement aux mineurs en tutelle, car il statue ordinairement *de eo quod plerumque fit*. Et, même si l'on applique le texte aux mineurs placés sous l'administration légale de leur père, il n'y aurait là qu'une règle particulière, dont on ne peut tirer aucune

induction générale. L'art. 2208-3° du code civil nous fournit, au surplus, la preuve que la loi ne prend pas toujours le mot tuteur dans son acception technique.

Nous pouvons donc conclure de cette discussion que le représentant spécial du mineur n'est pas un véritable tuteur. C'est plutôt un subrogé du père, qui sera investi des pouvoirs que celui-ci est momentanément empêché d'exercer. Dès lors, il ne sera pas nécessaire de lui adjoindre un subrogé tuteur, dans les cas où la loi exige le concours du tuteur et du subrogé tuteur (art. 444, 962, 972 Pr. civ.) (1).

Par qui cet administrateur *ad hoc* devra-t-il être nommé ? A notre avis, la solution la plus juridique consisterait à en référer au tribunal de première instance (2).

Mais il a été jugé que la nomination en doit être faite par le conseil de famille (3). Sans doute, dit-on en ce sens, l'administration légale et la tutelle sont deux institutions différentes ; mais elles présentent cependant entre elles des ressemblances (argument de la place de l'art. 389 au titre *De la tutelle*). Dès lors, il convient d'appliquer par analogie les règles de la tutelle, lorsque le mineur, soumis à l'administration légale de son père, se trouve dans une situation identique à celle qui est prévue par la loi en matière de tutelle. L'administrateur spécial qui est nommé au mineur dont les intérêts sont opposés à ceux de son père administrateur légal joue le même rôle que le subrogé-tuteur. La mission qui lui est confiée est absolument la même. Ses pouvoirs doi-

(1) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 7; Huc, III, n. 236; Thomas, *op. cit.*, p. 440. — Paris, 5 avril 1876, D., 77. 2. 34, S., 76. 2. 331. — Bordeaux, 2 juin 1876, D., 78. 1. 227, S., 76. 2. 330. — Cass., 14 janv. 1878, D., 78. 1. 227, S., 78. 1. 218. — *Contra* Bordeaux, 19 mars 1875, D., 77. 2. 25, S., 76. 2. 97 et la note de M. Labbé.

(2) Bertin, *op. cit.*, n. 612; Thomas, *op. cit.*, p. 441; Huc, III, n. 236; Arntz, I, n. 675. — Paris, 9 janv. 1874, D., 76. 2. 23, S., 74. 2. 85. — Paris, 5 avril 1876, *supra*. — Bordeaux, 17 fév. 1897, 31 juil. 1900 et 4 fév. 1901, *supra*. — V. en ce sens la proposition présentée par M. Lévêque le 19 janv. 1891, *Journ. off.*, Doc. parl., chambre, sess. ordin. 1891, Ann. n. 1133, p. 278, et proposition Adigard, 11 juil. 1907, *Journ. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. ordin. 1907, p. 1041, Ann. n. 1208.

(3) Douai, 5 juil. 1878, *supra*. — Note dans D., 85. 1. 465. — Cpr. Bordeaux, 2 juin 1876 et Cass., 14 janv. 1878, *supra*. — V. également les arrêts cités *supra*, p. 213, note 3.

vent donc avoir la même origine ; comme le subrogé-tuteur, il doit être nommé par le conseil de famille. — Mais si ce raisonnement était exact, il ne conduirait à rien moins qu'à soumettre l'administration légale à toutes les règles de la tutelle ; car les deux institutions tendent au même but et la mission du père administrateur légal est analogue à celle du tuteur. Or, cela serait incontestablement contraire à la volonté du législateur.

On dit encore : lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de son père, il y a péril pour le premier, et la nomination d'un administrateur *ad hoc,* substitué au père administrateur légal, est une mesure nécessaire de protection. La question est de savoir à qui incombe la mission de prendre une pareille mesure. De droit commun, cette mission appartient au conseil de famille. La protection des enfants légitimes mineurs est essentiellement une affaire de famille dans le système consacré par notre loi. Aux yeux de celle-ci, les parents présentent plus de garanties que les tribunaux eux-mêmes. L'affection qu'ils ont généralement pour le mineur, la connaissance qu'ils peuvent avoir, à raison de leur qualité même, des affaires du mineur, les désignent tout naturellement pour en prendre soin. Tel est, dit-on, l'esprit général de notre législation ; il est attesté par des textes nombreux. V. notamment les art. 480 s., 838 C. civ., 968 Pr. civ. V. aussi les art. 494 s. (majeurs interdits), l'art. 936 (sourd-muet donataire), les art. 1055 s. C. civ. (substitutions permises). — A cette argumentation pressante, on peut répondre tout d'abord que la loi a pu et même dû faire une différence entre les mineurs en tutelle et ceux dont la tutelle n'est pas ouverte. Pour les premiers, il est naturel de compter sur l'intervention du conseil de famille ; l'organe existe déjà ; il ne s'agit que de l'utiliser. Au contraire, l'administration légale ne comporte pas l'institution du conseil de famille. Il faudrait en organiser un en vue de l'affaire spéciale qui met en péril les intérêts du mineur. Il est bien plus simple de faire appel au tribunal, qui prendra les mesures de protection nécessaires. Cette solution paraît d'ailleurs plus conforme à l'intention du législateur et à la tradition historique.

Dans l'ancien droit, en général, c'étaient les tribunaux qui organisaient la protection des mineurs, quelle que fût leur situation juridique. Le code a sans doute modifié ces principes en ce qui concerne la tutelle, dont il a fait surtout une affaire de famille. Mais il a été dit, au cours des travaux préparatoires, que l'on entendait conserver les règles anciennes quant à la protection des mineurs soumis à la puissance paternelle. Donc, aujourd'hui comme autrefois, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'y pourvoir. C'est du reste le droit commun. Les particuliers n'ont de pouvoirs que ceux que la loi leur confère. En le décidant ainsi, nous ne ressuscitons pas le pouvoir de contrôle que les tribunaux, avant la loi du 24 juillet 1889, s'étaient reconnu sur l'exercice de la puissance paternelle [1]. Il ne s'agit pas ici de limiter les pouvoirs du père. Dans l'hypothèse dont nous nous occupons, le père est dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, par suite d'un obstacle juridique, et les tribunaux sont appelés simplement à donner à sa place un représentant au mineur.

184. IV. Le conseil de famille est un des rouages de la tutelle. Le mécanisme de l'administration légale est moins compliqué; le père administrateur légal n'est pas soumis à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille. Cela signifie, comme on l'a dit au cours des travaux préparatoires [2], que le conseil de famille ne peut ni régler son administration, ni prononcer sa destitution [3]. Mais, dans certains cas et pour certains actes déterminés, le père ne devra-t-il pas se faire autoriser par un conseil de famille ? Cette question sera étudiée par nous, lorsque nous rechercherons quelle est l'étendue des pouvoirs conférés au père administrateur légal (*infra,* n. 193 s.).

185. V. Le père est-il tenu, comme le tuteur, de faire inventaire des biens soumis à son administration ? On a

[1] V. cep. Bordeaux, 17 fév. 1897, *supra.*

[2] Locré, VII, p. 215.

[3] Marcadé, II, n. 150; Duranton, III, n. 415; Demolombe, VI, n. 423; Seligman, *op. cit.,* p. 694; Aubry et Rau, I, § 123, texte et notes 8 et 9; Huc, III, n. 234; Vigié, *loc. cit.;* Thomas, *op. cit.,* p. 443; Wagner, *op. cit.,* p. 793 s.; Planiol, I, n. 1711. — Cpr. Cass., 3 juin 1867, D., 68. 1. 27, S., 67. 1. 273 et 5 janv. 1903, D., 03. 1. 24, S., 03. 1. 78.

soutenu la négative en invoquant le silence de la loi [1]. L'opinion contraire nous paraît préférable [2]. Aux termes de l'art. 389, le père est comptable envers son enfant. Or l'inventaire est la base même de son compte. L'obligation de faire inventaire n'est pas d'ailleurs spéciale au tuteur; elle est imposée à tous les administrateurs du bien d'autrui, notamment au mari et aux envoyés en possession des biens d'un absent.

Quelle est la sanction du défaut d'inventaire ? Ce ne peut être la privation de l'usufruit légal édictée par l'art. 1442. Ce texte prévoit en effet une tout autre hypothèse ; il prononce cette déchéance contre l'époux survivant qui n'a pas fait dresser inventaire après le décès de son conjoint. Or il s'agit ici d'un inventaire qui aurait dû être dressé pendant le mariage. L'art. 1442, étant exceptionnel, ne doit pas être étendu. D'après la plupart des auteurs, si le père n'a pas fait dresser l'inventaire, la preuve de la consistance des biens pourra se faire par tous les moyens, même par la commune renommée [3]. La preuve par la commune renommée est, dit-on, de droit commun, toutes les fois qu'il s'agit de prouver la consistance d'un mobilier non inventorié, contre celui qui était chargé d'en faire dresser inventaire. Donc il faut l'admettre en notre espèce, par cela seul que l'art. 389 ne la proscrit pas. Cette solution peut être équitable, mais il est bien difficile de la justifier au point de vue juridique. Quoi qu'on en dise, la preuve par la commune renommée est très exceptionnelle, et des arguments d'analogie ne suffisent pas à en faire admettre l'emploi, en l'absence d'un texte formel. Il vaut donc mieux l'exclure. L'enfant ou ses ayant-cause ne pourront se servir que des modes de preuve ordinaires, titres, témoins ou présomptions.

Quoi qu'il en soit, il existe, en ce qui concerne l'inventaire, des différences notables entre le tuteur et le père adminis-

[1] Laurent, IV, n. 307 ; Huc, III, n. 239.

[2] Demante, II, n. 137 *bis*, III ; Demolombe, VI, n. 433 ; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 24 ; Laurent, *Avant-projet*, art. 367.

[3] Demolombe, VI, n. 435 ; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 27 ; Thomas, *op. cit.*, p. 538.

trateur légal. Ainsi, en admettant que le père soit obligé de faire inventaire, il n'est pas tenu de le faire en présence d'un subrogé-tuteur ou d'un contradicteur quelconque. De même, le père n'est pas astreint à faire, dans l'inventaire, la déclaration imposée au tuteur par l'art. 451. La disposition de ce texte est trop exceptionnelle pour qu'elle puisse être étendue (1).

186. VI. L'art. 452 n'est pas non plus applicable à l'administration légale. Le père peut se dispenser de vendre les meubles corporels de son enfant mineur, et il n'a pas besoin pour cela d'être autorisé par le conseil de famille à les conserver en nature. De même, il n'est pas obligé de remplir les formalités prescrites par l'art. 453, al. 2. Ces deux textes sont relatifs à la tutelle et non à l'administration légale. Le père prendra, sous sa responsabilité, le parti qu'il jugera le meilleur (2).

On admet aussi, en général, que le père administrateur légal peut vendre de gré à gré les meubles corporels de son enfant mineur, sans être astreint à observer les formalités imposées au tuteur par l'art. 452 (3). Cette solution est diversement justifiée par les auteurs (4). Les uns invoquent le silence du code ; les autres disent que l'aliénation des meubles corporels est un acte d'administration et qu'elle est comprise, à ce titre, dans les pouvoirs généraux conférés au père par l'art. 389. Cette dernière proposition peut, à première vue, sembler contestable. D'une manière générale, il n'est pas exact de considérer l'aliénation des meubles comme constituant nécessairement un acte d'administration. Mais le législateur, dans l'hypothèse dont nous nous occupons, ne l'a-t-il pas envisagée comme un acte d'administration, dans le sens

(1) Demante, II, n. 137 *bis*, III ; Demolombe, VI, n. 433 et 434 ; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 25 ; Huc, III, n. 239 ; Vigié, I, n. 820.

(2) Demolombe, VI, n. 436 ; Laurent, IV, n. 311 ; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 21 ; Thomas, *op. cit.*, p. 536.

(3) Nous examinons ici cette question, pour ne pas compliquer l'étude que nous ferons par la suite de l'étendue des pouvoirs conférés au père administrateur légal.

(4) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 12 ; Aubry et Rau, I, § 123, p. 785 ; Demolombe, VI, n. 437 ; Huc, III, n. 244. — Cpr. Laurent, IV, n. 311.

le plus large du mot ? La loi, pour les meubles périssables, confie au père le soin de décider quels sont ceux qui doivent être conservés, à raison de l'utilité qu'ils présentent pour le mineur, et quels sont ceux qui doivent être vendus. L'aliénation de ces derniers a pour but la conservation du patrimoine du mineur et paraît être comprise dans les pouvoirs généraux conférés au père par l'art. 389. On pourrait, du reste, invoquer en ce sens un argument tiré de l'art. 1449 (1).

187. VII. Les règles prescrites en matière de tutelle pour l'aliénation et la conversion des meubles incorporels du mineur doivent-elles être étendues à l'administration légale ? Avant la loi du 27 février 1880, on discutait la question de savoir s'il fallait appliquer au père administrateur légal les prescriptions de la loi du 24 mars 1806 et du décret du 25 septembre 1813 (2). Il paraît à peu près certain que les dispositions de la loi nouvelle ne s'imposent pas au père. Cela résulte des travaux préparatoires. M. Denormandie, dans son rapport au Sénat, l'a formellement déclaré. M. Gazagne avait proposé de déclarer la loi applicable au père administrateur légal ; l'amendement fut repoussé. L'intention du législateur ne paraît donc pas douteuse (3). La doctrine (4) et la jurisprudence (5) sont d'accord sur ce point ; mais les divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer d'une manière précise les pouvoirs et les obligations du père administrateur légal.

A. Il ne paraît pas douteux que le père n'est pas tenu de convertir en titres nominatifs les valeurs au porteur appartenant à son enfant mineur. Il est seul juge de la question, et le conseil de famille n'a pas à intervenir.

B. Il semble aussi à peu près certain que le père a le droit de convertir, sans être astreint à l'observation d'aucune formalité, les valeurs nominatives en titres au porteur. C'est la conséquence logique de la solution qui précède, et d'ailleurs

(1) Demolombe, *loc. cit.*
(2) V. sur ce point Demolombe, VI, n. 437.
(3) Circulaire de M. Cazot, ministre de la justice, du 20 mai 1880, D., 81. 3. 72.
(4) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 40 *bis* ; Planiol, I, n. 1715.
(5) V. les arrêts cités, *infra*, n. 207.

on peut voir dans cette opération un acte de large administration compris dans les termes généraux de l'art. 389 [1].

C. Une autre question plus délicate est celle de savoir si le père peut aliéner les valeurs mobilières de son enfant mineur. Elle sera examinée, lorsque nous rechercherons quelle est, d'une manière générale, l'étendue des pouvoirs conférés au père (*infra*, n. 207).

188. VIII. Les art. 454 à 456 ne sont pas non plus applicables au père administrateur légal, et il n'y a pas à distinguer suivant que celui-ci a ou n'a pas le droit de jouissance légale [2]. Cela va de soi en ce qui concerne la disposition de l'art. 454. Ce texte déclare expressément que le père ou la mère *tuteur* n'est pas obligé de faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens. A plus forte raison cette obligation ne lui incombe-t-elle pas, lorsqu'il est investi de l'administration légale. Car il n'est pas soumis au contrôle du conseil de famille.

Quant aux art. 455 et 456, on discute, comme nous le verrons, la question de savoir s'ils régissent la *tutelle* des père et mère. Mais, même si l'on accepte la solution affirmative, il est certain qu'ils ne peuvent, à raison de leur caractère exceptionnel, être étendus à l'administration légale. En conséquence, le père ne devra les intérêts des sommes non employées que dans les termes du droit commun. Chargé d'administrer et de faire fructifier le patrimoine de l'enfant, il est tenu d'une véritable obligation de faire, dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts. Il faudra établir qu'il a commis une faute en ne faisant pas fructifier les biens dont il a l'administration. L'art. 1996 est ici hors de cause, car il est clair qu'il ne vise pas le cas du mandataire qui, aux termes de son mandat, est tenu de faire fructifier les biens de son mandant.

[1] Trib. de la Seine, 4 mai 1896, D., 97. 2. 23. — Avis du conseil d'Etat du 16 nov. 1899, D., 02. 3. 18. — *Contra* Trib. de la Seine, 8 nov. 1898, S., 99. 2. 316.

[2] Demolombe, VI, n. 438; Aubry et Rau, I, § 123, texte et notes 22 e 23; Thomas, *op. cit.*, p. 536.

Ce que nous venons de dire doit s'entendre, non seulement des économies réalisées sur les revenus du mineur, mais aussi des capitaux encaissés pour le compte de celui-ci. Le père ne répond du défaut de placement des capitaux que dans les termes du droit commun. La loi du 27 février 1880, qui règle à cet égard les obligations du tuteur, n'est pas applicable au père administrateur légal [1].

189. IV. Le père est-il frappé des incapacités dont le tuteur est atteint dans ses relations avec son pupille? Pour résoudre cette question, nous allons passer en revue les incapacités dont il s'agit.

A. Le tuteur, en général, est incapable de recevoir de son pupille une libéralité testamentaire. Il est incontestable qu'il n'en est pas de même du père administrateur légal. (Arg. *à fortiori* de l'art. 907 C. civ.).

B. Le père peut prendre à bail les biens de son enfant mineur sans l'autorisation du conseil de famille, tandis que cette autorisation est nécessaire au tuteur [2]. Bien entendu, il faudra nommer à l'enfant un représentant spécial qui traitera avec le père, et, d'après l'opinion générale, cet administrateur *ad hoc* sera nommé par le conseil de famille (v. *supra*, n. 183). Mais alors le conseil de famille interviendra seulement pour faire cette nomination, non pour autoriser la passation du bail.

C. Le père peut valablement accepter la cession d'un droit ou d'une créance contre l'enfant dont les biens sont soumis à son administration. C'est en effet une véritable incapacité qui est édictée contre le tuteur par l'al. 3 de l'art. 450, et les incapacités ne s'étendent pas. Du reste, la loi ne se défie pas du père administrateur comme elle se défie du tuteur [3].

D. Faut-il appliquer au père administrateur la disposition de l'art. 450, qui défend au tuteur d'acheter les biens de son

[1] Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 40 *bis*; Huc, III, n. 241.

[2] Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 43; Huc, III, n. 246. — Cpr. Demolombe, VI, n. 442.

[3] Bordeaux, 3 janv. 1849, S., 52. 2. 304. — Seligman, *op. cit.*, p. 705; Laurent, IV, n. 316; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 44; Huc, III, n. 246. — Cpr. Demolombe, VI, n. 446 *bis*.

pupille? En faveur de l'affirmative on dit que l'art. 450, loin d'être un texte exceptionnel, consacre simplement une règle de droit commun, dont la formule se trouve dans l'art. 1596 : Les mandataires ne peuvent acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre. Or le père administrateur est chargé de vendre, s'il y a lieu, les biens de l'enfant [1]. Nous pencherions plutôt vers l'opinion contraire. Il faut en effet partir de cette idée que les art. 450 et 1596 édictent des incapacités, et que, par conséquent, ils doivent être interprétés restrictivement. Or ni l'un ni l'autre ne vise le père administrateur légal. Cela n'est pas douteux en ce qui concerne l'art. 450, et notre proposition est, quoi qu'on en dise, aussi exacte pour l'art. 1596, al. 3. Le père n'est pas un mandataire chargé de vendre; le mandataire chargé de vendre, c'est le représentant spécial qui, dans notre hypothèse, doit être donné à l'enfant. Si le père administrateur légal était visé par l'al. 3 de l'art. 1596, il est clair que la même disposition s'appliquerait au tuteur, par identité de motifs. Et alors on ne comprendrait pas pourquoi l'art. 1596 fait une mention spéciale du tuteur, dans son deuxième alinéa. La loi ne classe donc pas le tuteur dans la catégorie des mandataires chargés de vendre, et il en doit être de même du père administrateur légal [2].

En résumé, les incapacités dont le tuteur est frappé dans ses relations juridiques avec le pupille n'atteignent pas le père dans ses rapports avec son enfant. Nous apporterons à cette règle un seul tempérament. De même que le tuteur, le père administrateur légal ne peut invoquer contre l'enfant le bénéfice d'aucune déchéance ou prescription, lorsque l'expiration du délai, par lequel la prescription s'accomplit ou la déchéance est encourue, a lieu au cours de son administration. La situation du père est la même que celle du tuteur et les raisons de décider sont identiques [3]. Le père, en sa qualité d'administrateur, ne devait pas laisser périr le droit

(1) Demolombe, VI, n. 440 s.

(2) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 42; Seligman, *loc. cit.*: Laurent, IV, n. 316; Huc, III, n. 246.

(3) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 46.

que son enfant avait contre lui. S'il l'a fait, sa responsabilité se trouve engagée. Et il faut en dire autant des déchéances subies par l'enfant, ou des prescriptions accomplies contre lui au profit du père, à un moment où l'administration légale a cessé, mais où le père l'a conservée en fait, sans rendre ses comptes.

190. X. Lorsque, après la cessation de l'administration légale, le père conclut un traité avec son enfant, ce traité est valable, alors même que les conditions de l'art. 472 ne seraient pas remplies. L'art. 472 est en effet un texte exceptionnel, que l'on ne peut étendre, même en raisonnant par analogie (1).

191. XI. L'art. 475 limite à dix ans la durée des actions que le mineur a contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle. Ce texte est exceptionnel, car, de droit commun, le délai de la prescription est de 30 ans; donc il est inapplicable au père administrateur légal (2).

192. XII. La règle exceptionnelle édictée par l'art. 474, al. 1, ne doit pas être étendue au père administrateur légal. Celui-ci, débiteur d'un reliquat, sera traité comme un débiteur ordinaire, et il ne devra les intérêts que du jour de la sommation de payer (art. 1153, modif. par la loi du 7 avril 1900) (3).

193. Nous avons indiqué, jusqu'à présent, un certain nombre des différences qui séparent la tutelle de l'administration légale. En les énumérant ainsi successivement, nous avons voulu déblayer le terrain de questions dont l'examen nous aurait retardés dans l'étude que nous allons maintenant entreprendre du problème le plus délicat que présente notre matière : quels sont les pouvoirs du père administrateur

(1) Agen, 11 mars 1854, D., 55. 2. 294, S., 54. 2. 247. — Aix, 9 nov. 1864, S., 65. 2. 194. — Cass., 30 janv. 1866, D., 66. 1. 172, S., 66. 1. 204. — Demante, II, n. 137 *bis*, III; Demolombe, VI, n. 455; Seligman, *op. cit.*, p. 708; Laurent, IV, n. 318; Aubry et Rau, I, § 123, texte et notes 48 et 49; Huc, *loc. cit.*

(2) Valette sur Proudhon, II, p. 282, note *a*, II; Demolombe, VI, n. 457; Demante, *loc. cit.*; Seligman, *loc. cit.*; Laurent, IV, n. 319; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 51; Huc, *loc. cit.*

(3) Cpr. Demante, *loc. cit.*; Demolombe, VI, n. 456; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 50; Huc, *loc. cit.*

légal? La loi a gardé le silence sur ce point. Aussi les opinions les plus divergentes se sont-elles fait jour. Quatre systèmes principaux ont été proposés.

194. A. La loi n'a pas limité les pouvoirs du père administrateur légal. Elle se fie à l'affection que celui-ci éprouve pour son enfant; elle compte sur le contrôle et la surveillance que la mère exerce pendant le mariage sur l'administration du père. N'en faut-il pas conclure que le père est armé de pouvoirs souverains et qu'il peut faire, seul et sans être astreint à obtenir aucune autorisation ni à accomplir aucune formalité spéciale, tous les actes juridiques intéressant le patrimoine de son enfant? En faveur de ce système, que nous pouvons appeler système de l'omnipotence du père administrateur légal, on invoque les travaux préparatoires du code civil et l'esprit général de notre législation [1].

L'art. 389, avons-nous dit, a été inséré dans le code sur la proposition du Tribunat. Le texte présenté par celui-ci contenait un troisième alinéa ainsi conçu [2] : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par la disposition de la section VIII ». Cet alinéa ne fut pas conservé dans la rédaction définitive. Les motifs de cette suppression n'ont pas été indiqués par les auteurs du code, mais on peut aisément les deviner. La section de législation du Tribunat avait déclaré que le père administrateur légal ne devait pas être traité comme un tuteur, et que, notamment, on ne pouvait pas le placer sous la dépendance d'un conseil de famille. Dès lors, il était contradictoire de le soumettre, quant à l'administration des biens du mineur, aux règles qui gouvernent l'administration du tuteur. Le législateur a pensé qu'il valait mieux l'en affranchir, dans l'intérêt même de l'enfant. Le père, s'il est armé de pouvoirs souverains, s'il n'est pas gêné dans son

[1] Zachariæ, I, § 207, texte et note 12; Wagner, *Rev. trimestr.*, 1902, p. 792 s. Ce système a été plus ou moins formellement consacré par certaines décisions judiciaires. — V. notamment Amiens, 11 juin 1890, D., 91. 2. 335, S., 92. 2. 15. — Dijon, 31 déc. 1891, D., 92. 2. 233, S., 94. 2. 158. — Besançon, 11 nov. 1898, D., 99. 2. 81, S., 02. 2. 41 et la note de M. Wahl. — Trib. de Semur, 4 août 1899, D., 02. 2. 46. — Avis du cons. d'Etat, 16 nov. 1899, D., 02. 3. 18.

[2] Locré, VII, p. 215, 216.

administration, pourra s'acquitter de sa mission d'une manière plus utile et plus économique. C'est, peut-on ajouter, de ces considérations que se sont inspirés les rédacteurs de la loi du 27 février 1880. Celle-ci a apporté une limitation nouvelle aux pouvoirs du tuteur; mais il a été dit formellement qu'elle ne concernait pas le père administrateur légal et que l'on n'entendait pas restreindre les pouvoirs conférés à celui-ci [1].

Le principe de l'omnipotence du père administrateur légal comporterait cependant certaines exceptions. Il faudrait nécessairement interdire au père les actes que le tuteur ne peut pas accomplir pour le compte de son pupille : donation, compromis (art. 83 et 1004 Pr. civ.), acceptation pure et simple d'une succession échue à l'enfant (art. 461 et 776 C. civ.) [2]. Peut-être aussi, mais ceci est plus délicat, conviendrait-il d'appliquer les art. 457 C. civ., 953 s. Pr. civ. aux aliénations faites par le père d'immeubles appartenant au mineur.

Le système que nous venons d'exposer nous paraît bien difficilement admissible. Il est dangereux pour les intérêts de l'enfant; quelque grande que soit la confiance que le législateur place dans l'affection du père, elle ne peut aller jusqu'à mettre absolument le mineur à la merci de son père. Il est nécessaire de tracer des limites aux pouvoirs de l'administrateur légal. Dans l'ancien droit, il en était ainsi, et le père légitime administrateur était soumis à un certain contrôle et tenu d'observer certaines conditions, au moins dans les cas les plus graves [3]. D'autre part, le père est qualifié d'*administrateur* par l'art. 389; en employant cette expression, les rédacteurs du code ont marqué l'intention de réduire les pouvoirs du père à ceux d'un administrateur. Enfin, cette induction peut être confirmée par un argument tiré de l'art. 1988 C. civ. On peut considérer le père comme le mandataire légal de son enfant mineur; il est investi par la loi d'un

[1] Dijon, 31 déc. 1891, *supra*.

[2] Wagner, *op. et loc. cit.*

[3] V. notamment Ferrière, *Dict. de dr. et de pratique*, v^is *Administrateur* et *Puissance paternelle*.

mandat général. Or, aux termes de l'art. 1988, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, et un mandat exprès est nécessaire pour les actes de disposition. Dès lors, pour que l'on pût reconnaître au père le pouvoir d'accomplir des actes de cette nature, il faudrait un texte exprès, et ce texte n'existe pas (1).

Ces considérations ont semblé généralement décisives à la doctrine et à la jurisprudence. On admet presque unanimement que les pouvoirs du père ne sont pas illimités. Mais les divergences éclatent lorsqu'il s'agit d'en déterminer exactement les bornes.

195. B. On a proposé de s'en tenir aux deux règles suivantes :

1° « Les pouvoirs du père administrateur légal sont toujours aussi étendus que ceux du tuteur;

2° » En général, ils ne sont pas plus étendus » (2).

On essaie de justifier ces deux propositions de la manière suivante :

La première, dit-on, ne peut soulever de difficultés. Il est inadmissible que les pouvoirs du tuteur soient plus étendus que ceux du père administrateur légal.

Quant à la seconde, elle est plus délicate. Elle peut néanmoins être démontrée (3). Le père est, comme le tuteur, un administrateur du bien d'autrui. Le rôle qu'il joue offre la plus grande analogie avec celui du tuteur. Dès lors, il est naturel de lui appliquer les règles de la tutelle. L'intention du législateur à cet égard ressort de la place même qui a été donnée à l'art. 389, au titre *De la tutelle*. Il est vrai que le 3e alinéa qui, d'après la proposition du Tribunat, devait figurer dans l'art. 389, a été retranché de la rédaction défini-

(1) Trib. de Vitré, 30 juin 1841, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 508, S., 63. 2. 121, en note.

(2) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 28. — Cpr. code civil néerlandais, art. 364; allemand, art. 1641 s.

(3) Valette sur Proudhon, II, p. 282, note *a*, III; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 589; Valette, *Cours de dr. civ.*, I, p. 507; Persil, *Rég. hypoth.*, art. 2121, n. 36; Demante, II, n. 137 *bis*, III; Demolombe, VI, n. 446; Aubry et Rau, *loc. cit.* — Trib. de Vitré, 30 juin 1841, *supra*. — Paris, 18 fév. 1901, D., 01. 2. 362. — Cpr. Douai, 5 juil. 1878 (motifs), D., 79. 2. 116, S., 80. 2. 8.

tive. Mais cette suppression peut très bien s'expliquer autrement qu'on ne le fait dans le système précédent. En supprimant cette partie du texte, on a voulu simplement indiquer que les règles de la tutelle ne doivent pas être *toutes* appliquées à l'administration légale, et qu'il y a une certaine différence entre les deux institutions. On a surtout voulu marquer nettement que le père, à la différence du tuteur, n'est pas sous la dépendance du conseil de famille, et que celui-ci ne peut ni le destituer, ni lui donner des instructions. Mais les rédacteurs du code civil n'ont pas entendu exclure, d'une manière absolue, l'intervention du conseil de famille. Celui-ci sera appelé à donner son avis dans les cas particulièrement graves et en vue d'actes juridiques déterminés. On peut ajouter que de nombreux textes relatifs à des actes de disposition intéressant les mineurs s'expriment en termes très généraux et ne paraissent pas faire de distinction entre les mineurs en tutelle et ceux dont la tutelle n'est pas encore ouverte (V. notamment art. 776, 817, 2126 C. civ., 953, 954, 962 Pr. civ.).

Ce système conduit aux propositions suivantes :

1° Le père administrateur est autorisé à faire seul tous les actes que le tuteur peut faire de cette manière ;

2° Les actes interdits au tuteur le sont aussi au père ;

3° Les formalités et conditions spéciales imposées au tuteur pour l'accomplissement de certains actes le sont également au père administrateur ;

4° Dans les cas où le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation judiciaire, les mêmes conditions sont imposées, *en principe*, à l'administrateur légal. Que l'intervention du tribunal soit nécessaire, il faut bien l'admettre, si l'on ne veut pas reconnaître l'omnipotence du père administrateur légal. Or l'intervention du tribunal suppose nécessairement celle du conseil de famille. Car le rôle de la famille est d'éclairer le tribunal, de le prémunir contre les surprises, et de le mettre en mesure de statuer sur les affaires du mineur en pleine connaissance de cause. Ces affaires, le tribunal ne les connaît pas et ne peut pas les connaître. Si sa décision ne devait pas être précédée d'un

avis de parents, le plus souvent il s'en rapporterait aux déclarations du père, qu'il lui serait difficile, sinon impossible, de contrôler;

5° Dans le cas où, en matière de tutelle, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante, le père pourra de même, en principe, agir sous la seule condition de cette autorisation. Cette proposition est la conséquence logique de la proposition précédente;

6° Enfin, poussant jusqu'au bout le raisonnement par analogie, on est allé jusqu'à décider que, dans les cas où le subrogé-tuteur doit intervenir à côté du tuteur, il faudra nommer au père un subrogé-tuteur qui agira avec lui (1).

Cette théorie, simple et séduisante au premier abord, nous paraît inadmissible, parce qu'elle est arbitraire et contraire aux intentions formelles du législateur. Elle efface, sinon complètement, du moins dans beaucoup de cas, la différence que celui-ci a voulu établir entre la tutelle et l'administration légale. L'argument tiré de la place occupée par l'art. 389 au titre *De la tutelle* ne résiste pas en effet à l'examen des travaux préparatoires. Le titre *De la puissance paternelle* avait reçu sa rédaction définitive le 20 brumaire an XI (11 nov. 1802); il n'y avait pas été question de l'administration légale. C'est seulement dans sa séance du 25 brumaire an XI (16 nov. 1802) que la section de législation du Tribunat formula les observations dont nous avons parlé. Il était alors trop tard pour insérer dans le titre *De la puissance paternelle* le texte proposé par elle. C'est donc par un pur effet du hasard, et non pas intentionnellement, que l'art. 389 a été compris dans le titre *De la tutelle*.

196. Dès lors, les règles de la tutelle sont étrangères à l'administration légale. Il convient de s'en tenir uniquement au texte de l'art. 389, le seul que nous possédions sur la matière. C'est en effet le point de départ des deux autres systèmes que nous avons à examiner. Ils prennent exactement le contre-pied du système précédent. D'après eux, à moins d'une prescription contraire de la loi, le père n'a pas à solli-

(1) Trib. de Vitré, 30 juin 1841, *supra*.

citer l'autorisation du conseil de famille pour les actes de son administration. Le conseil de famille est en effet un organe propre à la tutelle et étranger à l'administration légale. Son intervention se comprend lorsque l'un des auteurs de l'enfant est décédé et que la tutelle est ouverte ; les parents, les alliés, les amis sont alors appelés à surveiller la gestion du tuteur et à lui prêter leur assistance dans les cas les plus graves. La loi fait appel à leur affection et les charge de veiller aux intérêts du mineur. Mais l'institution du conseil de famille n'a pas de raison d'être lorsqu'il s'agit d'un enfant soumis à l'administration légale. Celui-ci a ses deux protecteurs naturels ; le père est généralement contrôlé et surveillé par la mère qui, le plus souvent, vit à ses côtés. La mère joue le rôle du conseil de famille, et la loi suppose qu'elle accomplit sa mission mieux que le conseil de famille, dont la réunion a lieu à des intervalles éloignés, et qui est loin d'être au courant comme elle des affaires du mineur [1]. Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs du code civil et des auteurs de la loi du 27 février 1880 [2].

Ce n'est pas à dire qu'il faille reconnaître au père administrateur légal un pouvoir sans limites. Ses pouvoirs ont des bornes, qui sont tracées par l'art. 389 lui-même. Aux termes de cet article, le père a l'administration des biens de son enfant ; il en est l'administrateur. Donc ses pouvoirs se réduisent à ceux d'un administrateur. Il peut certainement faire seul tous les actes qui ne constituent que des actes d'administration, en prenant du reste cette expression dans son acception la plus étendue. Mais quant à ceux qui excèdent les limites d'une large administration, on devrait rigoureusement décider qu'ils ne peuvent être accomplis ; cette solution, si elle est d'accord avec les principes, est cependant inadmissible ; car de pareils actes peuvent être utiles ou même nécessaires, et l'intérêt du mineur, comme d'ailleurs l'intérêt social, exige qu'ils soient rendus possibles. On est dès lors

[1] Douai, 22 janv. 1894 (motifs), D., 94. 2. 296, S., 94. 2. 311. — Trib. de Troyes, 23 déc. 1899 (motifs), D., 00. 2. 372.

[2] Rapport de M. Denormandie, D., 80. 4. 48, et circul. du ministre de la justice, D., 80. 4. 72.

conduit par la force même des choses à recourir aux tribunaux. Ceux-ci autoriseront le père à représenter son enfant dans les actes de disposition. Ainsi, ou le père agira seul, lorsqu'il s'agira d'un acte d'administration; ou il lui faudra l'autorisation du tribunal (il ne peut être question ici d'*homologation*, puisque le conseil de famille n'est pas appelé à donner son avis), lorsque l'acte qu'il s'agit d'accomplir dépasse les limites de l'administration. Mais comment déterminer la nature de l'acte ? Quel est le critérium qui doit être adopté ? Deux solutions ont été proposées.

197. C. Il en est une qui est très satisfaisante au point de vue pratique. Elle considère comme constituant des actes d'administration dans le sens de l'art. 389 : 1° ceux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir sans autorisation ; 2° ceux pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est une condition nécessaire et suffisante en ce qui concerne le tuteur. Ces divers actes, dit-on, ne peuvent excéder les bornes des pouvoirs du père administrateur légal. Celui-ci peut les accomplir seul et sans avoir besoin d'aucune autorisation. Il ne peut être tenu de solliciter celle du tribunal, car il serait étrange que le père fût obligé de recourir à la justice, alors que le tuteur en est dispensé. D'autre part, il ne peut être question de l'intervention du subrogé-tuteur ou du conseil de famille, car ces organes sont étrangers à l'administration légale.

Au contraire, on doit considérer comme actes de disposition tous ceux à raison desquels le tuteur, déjà autorisé par le conseil de famille, a en outre besoin d'obtenir l'homologation du tribunal. Tel est évidemment le caractère que la loi leur assigne. Le père ne pourra, sans l'autorisation du tribunal, accomplir valablement des actes de cette nature.

En définitive, le père, comme on le voit, est assimilé au tuteur autorisé par le conseil de famille [1]. Le contrôle que l'on suppose exercé par la mère remplace celui du conseil

[1] Ce système a été préconisé par M. Adigard, dans la proposition présentée par lui à la Chambre des députés, *Journ. off.*, Doc. parlem., Chambre, sess. ord. 1907, p. 1041, Ann. n. 1208. — Cpr. Laurent, *Avant-projet*, art. 365, chn. 447 et 448.

de famille et du subrogé-tuteur. Solution très simple et très satisfaisante au point de vue pratique. Les intérêts de l'enfant sont suffisamment protégés; de même les tiers peuvent traiter en toute sécurité avec le père, car il leur est aisé de savoir jusqu'où s'étendent les pouvoirs de celui-ci [1]. C'est peut-être la solution qu'il convient de recommander au législateur, mais il est douteux cependant qu'elle puisse être acceptée dans l'état actuel de notre législation. Remarquons en effet qu'elle conduit à appliquer, dans une certaine mesure, les règles de la tutelle à l'administration légale. Pourquoi a-t-on commencé par écarter celles-ci? Il y a là une contradiction assez difficilement explicable. D'autre part, cette assimilation du père au tuteur autorisé par le conseil de famille a-t-elle été voulue par les auteurs du code civil? Il est permis d'en douter. Nous avons montré que la vraie place de l'art. 389 se trouve au titre *De la puissance paternelle*. On ne peut arguer de celle qu'il occupe au titre *De la tutelle* pour établir une assimilation quelconque entre le père et le tuteur.

198. D. Aussi pensons-nous qu'il faut s'en tenir exclusivement aux termes de l'art. 389, et, repoussant toute application directe ou détournée des règles de la tutelle, se borner à rechercher, à l'aide des principes généraux du droit, ce qu'il faut entendre par acte d'administration et par acte de disposition [2]. Il est assez malaisé d'en donner une définition. Peut-être cependant pourrait-on proposer la suivante : Par actes d'administration (nous prenons ce mot dans son acception la plus large), il faut entendre tous ceux qui tendent à conserver, à faire fructifier ou à augmenter le patrimoine du mineur, alors même qu'ils seraient de nature, par les conséquences qui en résultent, à compromettre le capital lui-

[1] Cour de la Martinique (motifs), 13 août 1863, sous Cass., 2 mai 1865, D., 65. 1. 355, S., 65. 1. 206. — Trib. Marseille, 12 déc. 1864, D., 65. 5. 347, S., 65. 2. 210. — Lyon, 22 janv. 1894, D., 94. 2. 296, S., 94. 2. 311. — Trib. de la Seine, 8 nov. 1898, S., 99. 2. 316 et la note. — Paris, 18 fév. 1901, D., 01. 2. 362. — Duranton, III, n. 445; Marcadé, II, n. 150; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 12; Aubry, I, n. 612.

[2] Cpr. Codes civils portugais, art. 150; espagnol, art. 164; italien, art. 224, 225, 226, 227.

même (1). Les actes de *large* ou *libre* administration, ainsi définis, peuvent être opposés aux actes de *pure* administration, qui tendent au même but, mais dont les conséquences indirectes ne peuvent être dangereuses pour le capital (2). Les actes de disposition seraient ceux qui, *considérés en eux-mêmes,* ne tendent pas à conserver, à faire fructifier, ou à augmenter le capital du mineur, bien qu'en fait ils puissent être des plus avantageux pour celui-ci. Ces définitions sont, il est vrai, singulièrement élastiques. Mais nous essaierons de les préciser en passant en revue, à titre d'exemples, les principaux actes qu'il peut y avoir lieu d'accomplir pour le compte de l'enfant (3).

(1) Cette définition pourrait également servir à délimiter la capacité de la femme séparée de biens (art. 1449).

(2) Sous cette formule, on peut comprendre les actes permis au mineur émancipé (art. 481).

(3) Un certain nombre d'auteurs ont adopté une solution voisine de celle que nous proposons. — Valette, *Explic. somm.*, I, p. 220 s.; Seligman, *Rev. crit.*, 1875, p. 701 s.; Laurent, IV, n. 308 s.; Huc, III, n. 240 s.; Thomas, *op. cit.*, p. 543 s. — Quant à la jurisprudence, il est difficile, étant donné l'extrême variété de ses décisions, d'indiquer le système auquel elle se rattache. En général, elle refuse d'établir aucune assimilation entre le père et le tuteur. Mais la plupart des arrêts se bornent à constater que le père est investi par l'art. 389 d'un pouvoir de libre administration sur les biens de son enfant mineur, et ne se préoccupent pas de poser un criterium général pour déterminer l'étendue de ce pouvoir. Statuant en vue de l'espèce qui leur est soumise, ils disent, au sujet de tel ou tel acte particulier, que cet acte entre ou non dans les limites des pouvoirs du père. V. notamment Bourges, 11 fév. 1863, D., 64. 5. 305, S., 63. 2. 121. — Besançon, 29 nov. 1864, D., 64. 2. 195, S., 65. 2. 76. — Cass., 3 juin 1867, D., 68. 1. 27, S., 67. 1. 273. — Amiens, 1er mars 1883, D., 84. 2. 150, S., 84. 2. 41. — Paris, 22 mars 1894, D., 96. 2. 105. — Cass., 5 janv. 1903, D., 03. 1. 24, S., 03. 1. 78. — Il est cependant des arrêts dans lesquels on peut relever des considérations générales. Les uns adoptent plus ou moins formellement le système de l'omnipotence du père administrateur légal (*supra*, p. 225, note 1). D'autres appliquent à l'administration légale les règles de la tutelle (*supra*, p. 227, note 3). Plusieurs assimilent le père administrateur au tuteur autorisé par le conseil de famille (*supra*, p. 232, note 1). Enfin il en est qui s'en tiennent, comme nous l'avons fait, à la distinction des actes d'administration et des actes de disposition. V. notamment Pau, 15 juil. 1865, D., 68. 1. 27 (sous Cass., 3 juin 1867), S., 66. 2. 278. — Trib. de Châteauroux (motifs), 6 mars 1894, D., 95. 2. 75. — Trib. de Troyes, 23 déc. 1899, D., 00. 2. 372. — Dijon, 13 juin 1900, D., 02. 2. 46. — Les arrêts ne justifient pas d'ailleurs de la même manière le pouvoir qu'ils reconnaissent aux tribunaux d'intervenir en cette matière. Ils invoquent soit la haute tutelle qui appartiendrait à la justice pour la protection des incapables (Cpr. Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 197), soit le pouvoir de contrôle dont elle est investie sur l'exercice de la puissance paternelle. —

Nous reconnaissons d'ailleurs que la solution à laquelle, faute de mieux, nous nous sommes arrêtés, présente des inconvénients pratiques considérables. Mais, si elle est dangereuse pour la sécurité des tiers, la responsabilité en remonte au législateur, qui a négligé de réglementer cette importante matière [1]. Dans une certaine mesure, d'ailleurs, les faits expliquent l'inaction de celui-ci. Il est rare, les rédacteurs du code civil l'avaient déjà dit, que l'enfant ait des biens personnels importants du vivant de ses deux auteurs. Il est probable que, lorsqu'il en possède, le père s'acquitte de ses devoirs avec le zèle et la conscience que le législateur lui suppose, à en juger par la rareté des contestations auxquelles les actes de son administration donnent lieu devant les tribunaux.

Il nous reste maintenant à faire l'application de notre principe général. Il est évidemment impossible d'envisager tous les actes qui peuvent être accomplis par le père. Aussi nous bornerons-nous à citer un certain nombre d'exemples, empruntés les uns aux actes d'administration, les autres aux actes de disposition.

199. Il est bien certain que le père peut faire seul les actes nécessaires à la bonne exploitation des biens du mineur et à leur entretien (vente de fruits et récoltes, réparations, assurances, etc.). Il peut, sans aucune autorisation, louer les biens meubles ou immeubles de son enfant. En ce qui con-

Trib. de Troyes (motifs), 12 déc. 1899. — Dijon, 13 juin 1900, *supra*. — Bordeaux, 24 janv. 1901, D., 02. 2. 377, et la note de M. Planiol, S., 03. 1. 78. Les tribunaux disent aussi parfois que les actes de libre administration sont permis au père, sauf la faculté pour la justice de les annuler pour cause de fraude ou de simulation. — Cass., 5 janv. 1903, D., 03. 1. 24, S., 03. 1. 78. — Cass., 13 juil. 1903, S., 04. 1. 21. — Cass., 29 juil. 1903, D., 04. 1. 196, S., 03. 1. 520. On en arrive ainsi à organiser en faveur de l'enfant une sorte de *restitutio in integrum*. La jurisprudence, comme on le voit, est assez ondoyante, et les inconvénients pratiques qui résultent de son incertitude rendent désirable une intervention législative.

[1] A plusieurs reprises, le Parlement a été sollicité de mettre un terme à l'incertitude qui règne sur ce point et de réglementer d'une manière précise les pouvoirs du père administrateur légal. — V. projet Cazot, 26 nov. 1881 (*J. off.*, Doc. parlem., chambre, Ann. n. 135, p. 1834, déc. 1881), proposition Bisseuil, 13 déc. 1881 (*J. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. extraord. de 1881, Annexe n. 253, p. 1979), proposition Adigard, 11 juil. 1907 (*J. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. ordin. de 1907, p. 1041, Ann. n. 1208).

cerne le bail des immeubles, les art. 1429 et 1430 devront recevoir leur application (art. 1718) [1].

200. De même, il n'a besoin d'aucune autorisation pour recevoir le paiement des sommes dues à son enfant. Il y a là incontestablement un acte d'administration : de pure administration s'il s'agit des revenus, de large administration pour les capitaux. Les tiers, débiteurs du mineur, ne sont en aucun cas responsables du défaut d'emploi ou de remploi. Ils ne peuvent donc se refuser à payer sous prétexte que le père n'a pas justifié d'un emploi [2]. Si le débiteur d'une rente constituée se trouve dans un de ces cas où, d'après l'art. 1912 C. civ., son créancier peut le contraindre au rachat, le père peut certainement l'y obliger. Car ce n'est autre chose que l'exercice d'une action mobilière (*infra,* n. 210).

201. Le père administrateur légal peut certainement placer en immeubles les fonds disponibles de son enfant [3]. C'est un acte d'administration. Mais peut-il acheter à crédit un immeuble, à titre d'emploi anticipé soit des capitaux qu'il encaissera par la suite, soit des économies qu'il espère réaliser sur les revenus du mineur? La question, controversée en ce qui concerne le tuteur [4], est également discutée pour le père administrateur. Il nous semble que l'opération dont il s'agit doit être considérée, en principe du moins, comme un acte de large administration n'excédant pas les pouvoirs du père. Elle constitue normalement un emploi anticipé de fonds qui doivent être recouvrés plus tard. Cet acte restera donc valable, quoi qu'il arrive, et même si les prévisions du père ne se réalisent pas. Cette solution comporte cependant, à notre avis, un double tempérament qu'il est nécessaire d'y apporter dans l'intérêt de l'enfant.

Il se peut qu'en fait l'acte du père constitue une véritable

[1] Demolombe, VI, n. 439; Laurent, IV, n. 311; Huc, III, n. 247; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 32.

[2] Huc, III, n. 241; Thomas, *Revue générale du droit*, 1899, p. 60. — Lyon, 9 août 1877, S., 78. 2. 174.

[3] Huc, III, n. 241; Thomas, *op. cit.*, p. 61; Beudant, *Etat et capacité des personnes,* II, p. 384.

[4] Cpr. Cass., 5 janv. 1863, D., 63. 1. 77, S., 63. 1. 9. — Nancy, 9 mai 1885, D., 86. 2. 134.

spéculation. Par exemple, celui-ci a acheté un terrain nu, propre seulement à la construction, en escomptant une plus-value future résultant de l'exécution possible de travaux publics. Une pareille opération nous paraît interdite au père, qui ne peut pas spéculer pour le compte de son enfant. Mais encore faut-il qu'il n'y ait pas de doute sur le but et le caractère de l'acte. La sécurité des tiers l'exige impérieusement. Dans ce cas les tiers ont commis une imprudence, dont il est équitable qu'ils supportent les conséquences.

On peut supposer, d'autre part, que l'achat à crédit d'un immeuble pour le compte de l'enfant dissimule en réalité un emprunt que le père contracte dans son propre intérêt. Cela se produira notamment lorsque celui-ci, bien que possédant en mains les fonds nécessaires au paiement, se fait accorder un terme par le vendeur. Mais là aussi, nous voulons, pour que l'action en nullité soit recevable, que ce dernier soit au courant de la situation. Alors on peut lui imputer d'avoir tout au moins commis une imprudence en facilitant au père les moyens de dépouiller son enfant. Telle est la solution qui paraît avoir été admise par la jurisprudence [1].

202. Les donations faites au mineur peuvent être acceptées par le père. Nous remarquerons que ce dernier tire son droit, non de l'art. 389, mais de l'art. 935. Il accepte la donation, en sa qualité de père et non en vertu de ses pouvoirs d'administrateur légal [2].

203. La succession échue au mineur, nous dit l'art. 461, ne peut être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et l'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire. Ces règles sont-elles de tous points applicables à l'administration légale?

Que la succession ne puisse être acceptée autrement que sous bénéfice d'inventaire, cela n'est pas douteux. L'art. 776 dispose, en termes très généraux, que les successions échues aux mineurs ne peuvent être valablement acceptées que conformément aux dispositions du titre *De la minorité, de la*

[1] Cour de la Martinique, 13 août 1863, sous Cass., 2 mai 1865, D., 65. 1. 365, S., 65. 1. 296. — En ce sens, Huc, III, n. 241; Thomas, *op.* et *loc. cit.*

[2] Cpr. Paris, 21 oct. 1902, D., 03. 2. 121, et la note de M. Claro.

tutelle et de l'émancipation. Il ne distingue pas suivant que le mineur est ou non en tutelle (1).

Mais faut-il conclure de la formule employée par l'art. 776 que le père devra, pour que l'acceptation soit valable, être autorisé par une délibération du conseil de famille? On l'a soutenu (2). L'art. 776, a-t-on dit, renvoie à l'art. 461. Donc les pouvoirs du père ne sont pas plus étendus que ceux du tuteur. Cette manière de voir ne nous semble pas s'imposer nécessairement. On peut faire remarquer en sens contraire que l'art. 389 est, comme l'art. 461, au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.* L'art. 776 renvoie donc aux deux textes en même temps : à l'art. 461 pour la manière dont l'acceptation doit être faite; et à l'art. 389 pour la détermination des pouvoirs du père. C'est donc en définitive à ce dernier texte qu'il faut nous référer. A notre avis, l'acceptation d'une succession échue au mineur est un acte de large administration. Le but en est d'augmenter le patrimoine de l'enfant, ou mieux, de consolider un droit déjà acquis à celui-ci par le fait de l'ouverture de la succession. Sans doute les conséquences peuvent en être graves; mais, ainsi que nous l'avons dit, cela ne lui enlève pas son caractère d'acte d'administration (3).

Les mêmes principes doivent être suivis en ce qui concerne la répudiation d'une succession échue à l'enfant (4). Le code considère cet acte non comme un acte de disposition, mais comme un acte de large administration. La preuve en est dans l'art. 461, qui applique à la renonciation les règles qui gouvernent l'acceptation. Et il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la succession est mobilière ou immobilière.

204. Que faut-il décider relativement aux legs qui sont faits au mineur? En ce qui concerne les legs à titre particulier, il semble qu'il faille suivre, non les règles des succes-

(1) Paris (motifs), 22 mars 1894, D., 96. 2. 105.

(2) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 35.

(3) Laurent, IV, n. 312; Thomas, *op. cit.*, p. 71. — Cpr. Paris, 18 fév. 1901 (motifs), D., 01. 2. 362. — Aux termes de cet arrêt, le père, devant être assimilé au tuteur autorisé par le conseil de famille, peut accepter une succession échue à son enfant.

Thomas, *op.* et *loc. cit.* — *Contra* Laurent, IV, n. 312.

sions, mais celles des donations. Le père puise donc dans l'art. 935 le pouvoir d'accepter seul un legs à titre particulier et l'art. 389 est ici hors de cause [1]. Il peut de même y renoncer, sans aucune autorisation, pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait pas collusion entre lui et les héritiers [2]. — Quant aux legs à titre universel, ce sont les règles des successions qui doivent être appliquées.

204 *bis*. Le père peut donc, en sa qualité d'administrateur légal et sans avoir besoin d'obtenir aucune autorisation, former, au nom de son enfant, une demande en délivrance ou réclamer un envoi en possession [3]. Il peut de même délivrer des legs particuliers au nom de son enfant mineur, institué par le *de cujus* légataire universel [4].

205. Il est hors de doute que le père a le pouvoir de défendre seul, au nom de son enfant, à une action en partage intentée par les cohéritiers de celui-ci. Le partage est alors un acte nécessaire. Le père administrateur n'a pas besoin non plus d'autorisation pour intenter au nom de son enfant une action en partage [5]. Cette dernière solution n'est pas admise cependant par ceux qui soumettent le père à l'observation des règles relatives aux pouvoirs du tuteur [6]. Nous rappellerons d'ailleurs que le partage dans lequel un mineur

[1] Les arrêts rendus sur cette question se fondent cependant sur l'art. 389. Mais alors même que l'on se rallierait à cette manière de voir, notre solution n'en devrait pas moins être maintenue. Car l'acceptation d'un legs particulier, même grevé de charges spéciales, n'est qu'un acte d'administration. V. en ce sens Paris, 22 mars 1894, D., 96. 2. 105. Dans l'espèce, il s'agissait d'un legs à titre particulier d'actions non entièrement libérées, dont l'acceptation entraînait pour le légataire l'obligation de verser le complément du capital souscrit. La cour décide que l'acceptation a pu être valablement faite par le père, sans autorisation du conseil de famille ni du tribunal, en vertu des pouvoirs très larges qui lui sont conférés par l'art. 389. V. les motifs de cet arrêt.

[2] Cass., 5 janv. 1903, D., 03. 1. 24, S., 03. 1. 78. L'enfant ne peut attaquer la renonciation faite en son nom par le père sous le prétexte que cette renonciation constitue un acte de disposition à titre gratuit. Paris, 18 fév. 1901, D., 01. 2. 362. — V. cep. Trib. Troyes, 23 déc. 1899, D., 00. 2. 372.

[3] Paris, 2 juin 1865, S., 65. 2. 216. — Trib. de Châteauroux, 6 mars 1894, D., 95. 2. 75.

[4] Thomas, *op. cit.*, p. 73; Berlin, *op. cit.*, n. 612.

[5] Thomas, *op. et loc. cit.*; Laurent, IV, n. 312. — Cpr. motifs de Dijon, 31 déc. 1891, D., 92. 2. 253, et la note de M. de Loynes, S., 94. 2. 158.

[6] Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 36.

est intéressé ne peut être fait qu'en justice (art. 838). Le père ne pourrait faire à l'amiable qu'un partage provisionnel et de jouissance, acte d'administration pour lequel aucune autorisation ne serait nécessaire (art. 840).

206. Les immeubles appartenant au mineur ne peuvent être aliénés par le tuteur que sous les conditions et dans les formes prescrites par les art. 457 à 459 C. civ., 953 s. C. pr. civ. Ces règles doivent-elles être appliquées de tous points au père administrateur légal? La solution n'est pas douteuse pour ceux qui assimilent en principe le père à un tuteur. Dans cette opinion, les prescriptions du code civil et du code de procédure civile devraient être obéies [1]. Mais si l'on se rallie à l'un des autres systèmes entre lesquels se partagent la doctrine et la jurisprudence, la question devient délicate. Les art. 953 et 954 C. pr. paraissent, en effet, rédigés en termes tout à fait généraux; ils exigent l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, sans distinguer si les mineurs auxquels les immeubles appartiennent sont soumis à l'administration légale ou à la tutelle. Dès lors, il y aurait peut-être lieu d'appliquer ces textes, en écartant, pour l'hypothèse dont il s'agit, le principe général auquel on se rattache pour la détermination des pouvoirs du père quant aux actes de disposition. Les mêmes considérations conduiraient à décider que la vente doit être faite dans les *formes* prescrites par le code de procédure civile [2].

Cette interprétation a été cependant contestée. On a dit, en sens contraire, que les art. 953 et s. C. pr. ne sont pas aussi généraux qu'ils le paraissent. Ils parlent, à diverses reprises, du tuteur, du subrogé tuteur, jamais du père administrateur. La loi a songé uniquement aux mineurs en tutelle, parce que, normalement en effet, les enfants soumis à l'administration légale ne possèdent pas de fortune person-

(1) Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 33. — Trib. de Vitré, 30 juin 1841, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 508, S., 63. 2. 121, en note. Il faudrait même, d'après ce jugement, que le conseil de famille nommât un subrogé-tuteur *ad hoc*. — Cpr. Bordeaux, 19 mars 1875, S., 76. 2. 97, et 2 juin 1876, S., 76. 2. 330, D., 78. 1. 227.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 12; Demolombe, VI, n. 446. — Trib. de Villefranche, 12 mars 1887, S., 87. 2. 117.

nelle importante et que, dès lors, il était inutile de s'en préoccuper. En conséquence, il convient de suivre, sans y déroger, le principe général qui forme la base de chacun des systèmes exposés par nous. Dans la théorie de l'omnipotence, le père pourrait aliéner l'immeuble, sans aucune autorisation et à l'amiable (1). Dans celle qui assimile le père à un tuteur autorisé par le conseil de famille et assisté par le subrogé-tuteur, le père devrait demander au tribunal l'autorisation nécessaire et se conformerait, pour les formes et les conditions de la vente, aux prescriptions de celui-ci (2). Enfin si l'on s'en tient, comme nous l'avons proposé, à l'art. 389, on déciderait que l'aliénation excédant les bornes de l'administration serait valable sous la condition nécessaire et suffisante d'avoir été approuvée par la justice (3).

206 *bis*. Il faudrait appliquer les mêmes règles aux actes par lesquels le père constituerait, sur un immeuble de son enfant, un droit réel tel qu'un usufruit ou une servitude, ou un droit d'emphytéose (4). Aux termes de la loi du 25 juin

(1) Trib. de Semur, 4 août 1899, D., 02. 2. 46. — Cpr. cep. Dijon, 31 déc. 1891, D., 92. 2. 233, S., 94. 2. 158. Au cours d'une instance en partage, le père administrateur avait demandé la licitation d'un immeuble compris dans la masse. La cour lui en reconnut le pouvoir, par les motifs suivants : « Attendu, au surplus, qu'on » ne saurait, en l'espèce, considérer comme constituant une aliénation proprement » dite, sans rapport avec le droit d'administration très étendu qui paraît avoir été » conféré au père pendant le mariage, une action en justice qui ne tend à la licitation d'un immeuble que comme conséquence et accessoire d'une demande en » partage qu'il appartient en principe au tuteur de provoquer avec la seule autorisation du conseil de famille ». V. sur cette partie de l'arrêt les observations de M. de Loynes. — A rapprocher de cette décision un autre arrêt de la même cour, en date du 13 juin 1900, D., 02. 2. 46, S., 03. 1. 78. La cour pose en principe que l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire pour les aliénations d'immeubles, repoussant ainsi l'application des art. 953 s. C. pr. ; quant à l'autorisation du tribunal, elle serait exigée si l'aliénation n'était pas commandée par les nécessités de l'administration ; elle ne le serait pas dans le cas contraire. Cette distinction nous paraît singulièrement dangereuse et arbitraire. — Cpr. Trib. civ. de Troyes (motifs), 23 déc. 1899, D., 00. 2. 372. — Bordeaux, 24 janv. 1901, D., 02. 2. 377, et les observations de M. Planiol.

(2) Douai, 22 janv. 1894, D., 94. 2. 296, S., 94. 2. 311.

(3) Berlin, *Chambre du conseil*, I, n. 483, 566 s. ; Seligman, *Rev. crit.*, 1875, p. 73 ; Laurent, IV, n. 314 ; Huc, III, n. 245 ; Thomas, *op. cit.*, p. 113.

(4) V. cep. Thomas, *op. cit.* et *loc. cit.* — Notons qu'en vertu des lois du 3 mai 1841, art. 13 et 25 et du 21 juin 1865, art. 14 (mod. par la loi du 22 déc. 1888), le représentant légal d'un mineur peut, sous la simple condition d'y être autorisé par le tribunal, faire les actes de disposition prévus par ces textes.

1902, art. 2, al. 2 : « *Les immeubles appartenant aux » mineurs ou interdits pourront être donnés à bail emphytéo- » tique en vertu d'une délibération du conseil de famille » homologuée par le tribunal* ». Ce texte étant conçu en termes généraux et ne faisant aucune distinction entre les diverses catégories de mineurs, nous en concluons qu'il doit être appliqué au père administrateur légal.

207. La loi du 27 février 1880, comme nous l'avons vu, est inapplicable au père administrateur légal. Il est certain, en conséquence, qu'en ce qui concerne l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au mineur, il n'y a pas à tenir compte des distinctions établies par cette loi suivant la valeur des titres. Nous pensons aussi, conformément au principe général posé par nous, qu'il n'y a jamais lieu de solliciter une délibération du conseil de famille. Mais ne faut-il pas tout au moins l'autorisation du tribunal? La question est délicate. L'aliénation des valeurs mobilières constitue incontestablement un acte de disposition; elle dépasse donc les pouvoirs du père administrateur légal. Dès lors, celui-ci ne devrait pouvoir y procéder sans l'approbation de la justice, et cela quelle que soit la valeur des titres à aliéner et alors même que celle-ci n'excèderait pas 1.500 francs en capital. Cette solution est cependant repoussée par la jurisprudence, qui reconnaît au père pleins pouvoirs à cet égard. Elle invoque tout d'abord les travaux préparatoires de la loi du 27 février 1880 (1). Les auteurs de cette loi n'ont, dit-elle, entendu porter aucune atteinte aux pouvoirs du père. D'autre part, l'art. 389 constitue le père *comptable* des biens de son enfant ; il n'est donc pas simplement le dépositaire des valeurs mobilières appartenant à celui-ci ; il n'est pas tenu de les restituer en nature et il suffit qu'il rende compte du prix qu'il en a retiré. En conséquence, il peut vendre seul et sans être astreint à l'observation d'aucune formalité spéciale toutes les valeurs mobilières, et, d'une manière générale, tous les droits incorporels mobiliers de son enfant. Il peut faire la

(1) *Journ. off., Doc. parl., Sénat*, sess. 1878, *Ann.*, n. 215, p. 4793; sess. 1880, *Ann.*, n. 139 (rapports de M. Denormandie). — V. aussi séance du sénat du 17 fév. 1880, *Journ. off.* du 18.

vente, soit pour les besoins de son administration et dans l'intérêt de son enfant, soit même dans son propre intérêt [1].

208. Le père ne peut contracter un emprunt sans l'autorisation de la justice. La loi considère l'emprunt comme un acte particulièrement grave, excédant les pouvoirs d'un administrateur ordinaire. Il faudra donc que le père obtienne l'autorisation de la justice, qui fixera les conditions de l'emprunt. Mais il ne sera pas nécessaire, à notre avis, que la décision du tribunal soit précédée d'une délibération du conseil de famille. Les dispositions des art. 457 et 458 C. civ. sont étrangères à l'administration légale [2].

La même solution doit être donnée en ce qui concerne la constitution d'une hypothèque sur les biens de l'enfant [3] (arg. art. 2126).

209. Le père peut-il consentir seul une transaction pour le compte de son enfant? A notre avis, la transaction ne peut être rangée parmi les actes d'administration; c'est un acte de disposition. Par la transaction, on renonce à une partie des droits que l'on prétend avoir, pour éviter la chance de perdre la totalité. Cet acte d'un caractère aléatoire, dont les conséquences peuvent être très graves, nous paraît excéder les pouvoirs du père, qui ne pourra le faire, en conséquence, qu'avec l'assentiment de la justice. Faudra-t-il en outre qu'il

[1] Circul. du min. de la justice du 20 mai 1881, D., 81. 3. 72. — Circul. du directeur de la dette inscrite, *Journ. de proc.*, art. 11.436. — Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 40 *bis;* Huc, III, n. 242, 243; Thomas, *op. cit.*, p. 68. — Trib. de la Seine, 27 avril 1882, D., 83. 3. 111, S., 82. 2. 207. — Amiens, 11 juin 1890, D., 91. 2. 335, S., 92. 2. 15. — Besançon, 11 nov. 1898, D., 99. 2. 81, S., 02. 2. 41. — Bordeaux, 21 mars 1905, *Journ. des arrêts de la cour de Bordeaux,* 05. 1. 320. — C'est par application de ce principe que plusieurs arrêts ont permis au père de transiger seul sur les droits mobiliers de son enfant (V. les décisions citées à la note 3, p. 243). — En sens contraire, circul. du syndic des agents de change de Paris, citée par Huc, *loc. cit.* — Trib. de la Seine (motifs), 8 nov. 1898, S., 99. 2. 316.

[2] Cour de la Martinique (motifs), 13 août 1863 et Cass. (motifs), 2 mai 1865, D., 65. 1. 365, S., 65. 1. 296. — Laurent, IV, n. 314; Huc, III, n. 245. — *Contra* Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 37.

[3] V. les motifs des arrêts cités à la note précédente et Pau, 15 juil. 1865, D., 65. 1. 27, S., 66. 2. 278. — Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.* — *Contra* Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 34. — En ce qui concerne l'antichrèse, nous exigerions de même l'autorisation du tribunal. Thomas, *op. cit.*, p. 116.

se conforme aux prescriptions de l'art. 467 C. civ. ? Nous ne le pensons pas (1). Ce texte, étant exceptionnel, ne peut être étendu en dehors de la matière pour laquelle il a été écrit. Par suite, le conseil de famille n'a pas à intervenir ; et, d'autre part, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'avis favorable de trois jurisconsultes, comme le veut l'art. 467 (2).

Il n'y a du reste pas lieu de distinguer suivant que la transaction porte sur les droits mobiliers ou immobiliers de l'enfant. Sans doute, d'une manière générale, les pouvoirs du père sont plus étendus en matière mobilière qu'en matière immobilière ; il en est ainsi notamment en ce qui concerne les actes d'aliénation ; telle est du moins l'opinion générale. Mais la transaction est un acte plus grave que l'aliénation. A raison de l'aléa qu'elle comporte, elle donne lieu à des appréciations extrêmement délicates. Tel paraît bien avoir été le point de vue du législateur, puisqu'en matière de tutelle il soumet la transaction à des conditions spéciales, auxquelles l'aliénation n'est pas soumise (3).

210. Jusqu'ici nous nous sommes occupés uniquement d'actes extrajudiciaires. Quelques mots maintenant sur les pouvoirs du père en matière judiciaire.

Il nous paraît certain que le père n'a besoin d'aucune autorisation pour défendre à une action intentée contre l'enfant. L'exercice passif des actions semble bien constituer un acte

(1) En sens contraire, Demolombe, VI, n. 446 ; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 38 ; Seligman, *op. cit.*, p. 703. — Il a été parfois jugé, plus ou moins formellement, qu'il y a lieu de suivre les prescriptions de l'art. 467. Trib. de Marseille (motifs), 12 déc. 1864, D., 67. 5. 347, S., 65. 2. 216. — Trib. d'Avesnes, 11 déc. 1891, *La Loi*, 26 avril 1892. — Trib. de la Seine, 14 avril 1892, *Gaz. du Palais*, 94. 2. 276 et 16 janv. 1901, *Pand. franç.*, 02. 2. 169.

(2) De Fréminville, I, n. 13 ; Laurent, IV, n. 314 ; Thomas, *op. cit.*, p. 117.

(3) La jurisprudence décide en général que le père administrateur légal n'a pas besoin d'être autorisé par le tribunal pour transiger valablement sur les droits de son enfant. Parmi les arrêts rendus en ce sens, les uns s'expriment en termes absolument généraux et ne font aucune distinction entre les droits mobiliers et les droits immobiliers. D'autres semblent restreindre les pouvoirs du père aux transactions relatives aux droits mobiliers de l'enfant. Montpellier, 30 mars 1859, S., 59. 2. 508. — Besançon, 24 nov. 1864, D., 64. 2. 195. — Amiens, 1er mars 1883, D., 84. 2. 150, S., 84. 2. 41. — Cass., 29 juil. 1903, D., 04. 1. 196, S., 03. 1. 520. — Cpr. Bordeaux, 24 janv. 1901, D., 02. 2. 377. — V. cependant les décisions citées *supra*, note 1.

d'administration. Considéré en lui-même, il tend simplement à assurer la conservation du patrimoine. Cette solution, qui ne peut faire aucun doute pour les actions mobilières, doit être également admise en ce qui concerne les procès immobiliers [1].

Nous déciderions de même que le père peut, sans autorisation, intenter, au nom de son enfant, une action en justice. L'exercice actif des actions est un acte d'administration, en prenant ce mot dans son acception la plus large; car, si les conséquences en peuvent être dangereuses, il n'en est pas moins vrai qu'envisagé en soi-même il tend uniquement à la conservation des droits de l'enfant. La question ne peut faire aucun doute pour les actions mobilières [2]. Et il n'y a de désaccord qu'en ce qui concerne l'exercice actif des actions immobilières [3]. Les uns, partant de ce principe que les règles de la tutelle sont, en principe, applicables à l'administration légale, veulent que le père soit autorisé par une délibération du conseil de famille [4]. D'autres exigent l'autorisation de la justice, à raison des graves dangers que peut faire courir au mineur l'exercice d'une action de cette nature [5]. D'autres enfin, assimilant le père administrateur au tuteur autorisé par le conseil de famille, lui permettraient, comme nous, d'exercer seul les actions immobilières.

Le père étant le seul représentant de son enfant, il suffira de lui signifier le jugement de première instance pour faire courir le délai d'appel contre le mineur. Il n'est pas nécessaire de remplir les formalités de l'art. 444 C. pr. et de faire nommé un subrogé tuteur ou subrogé administrateur *ad hoc*. L'art. 444 C. pr. édicte une règle spéciale à la tutelle, qui ne peut être étendue par analogie à l'administration légale [6].

[1] Huc, III, n. 248; Thomas, *op. cit.*, p. 70. — Cass. (motifs) 5 juil. 1847, D., 48. 1. 145, S., 48. 1. 344, et les décisions rapportées plus loin.

[2] Cpr. Trib. civ. de la Seine, 5 nov. 1896, D., 96. 2. 472.

[3] En notre sens Bourges, 11 fév. 1863, D., 64. 5. 305, S., 63. 2. 121. — Bordeaux, 2 juin 1876 (motifs), D., 78. 1. 227, S., 76. 2. 330. — Huc, III, n. 248; Thomas, *op. cit.*, p. 71.

[4] Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 39; Demolombe, VI, n. 446.

[5] Laurent, IV, n. 315.

[6] Cass., 4 juil. 1842, S., 42. 1. 601, *J. G.*, v° *Appel civil*, n. 98°. — Besançon,

L'acquiescement à une demande formée contre le mineur doit-il être considéré comme un acte d'administration? L'affirmative semble bien avoir été admise par la loi. En matière de tutelle, celle-ci soumet aux mêmes règles l'exercice actif des actions du mineur et l'acquiescement à celles qui sont dirigées contre lui. C'est donc qu'à ses yeux, ces actes présentent le même caractère. Nous déciderons, en conséquence, que le père n'a pas besoin d'autorisation pour acquiescer à une demande soit mobilière soit immobilière (1).

En est-il de même de l'acquiescement à un *jugement* rendu contre l'enfant? On pourrait proposer la distinction suivante : Si le mineur a été demandeur en première instance, le père ne pourrait acquiescer au jugement, car un pareil acquiescement constituerait une renonciation pure et simple au droit du mineur, acte complètement interdit au père. Que si, au contraire, le mineur a été défendeur en première instance, le père aurait le pouvoir d'acquiescer au jugement sans aucune autorisation; il aurait pu en effet acquiescer à la demande; à plus forte raison lui serait-il permis d'acquiescer au jugement qui a consacré la prétention de l'adversaire (2).

211. Il existe un certain nombre d'actes juridiques, au sujet desquels l'administration légale est soumise aux mêmes règles que la tutelle. Nous nous bornerons à les indiquer sommairement, renvoyant pour le détail aux développements que nous donnerons sous le titre *De la tutelle*.

A. Les actes qui sont absolument interdits au tuteur, tels que la donation, le compromis, l'acceptation pure et simple d'une succession échue au mineur, sont également interdits au père administrateur légal. Cela résulte non seulement des termes de l'art. 389 et des textes relatifs à ces divers actes,

29 nov. 1864, D., 64. 2. 195, S., 65. 2. 76. — Bordeaux, 2 juin 1876, *supra*. — Laurent, IV, n. 302; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 6, *in fine*; Thomas, *Rev. gén. du droit*, 1898, p. 437. — Cpr. Bordeaux, 19 mars 1875, S., 76. 2. 97, D., 77. 2. 25.

(1) Cpr. Laurent, IV, n. 315.

(2) La jurisprudence paraît repousser cette distinction et reconnaît au père le pouvoir d'acquiescer au jugement même lorsque l'enfant a été demandeur en première instance. Pau, 15 juil. 1865, D., 68. 1. 27, S., 66. 2. 278. — Cass., 3 juin 1867, D., 68. 1. 27, S., 67. 1. 273. — Cass., 17 fév. 1875, S., 75. 1. 152.

mais aussi du but que la loi a visé en plaçant le mineur sous la protection de son père [1].

B. Il est un certain nombre de cas dans lesquels le père ne peut agir comme représentant du mineur et doit se borner à autoriser celui-ci.

C. Enfin certains actes peuvent être faits, soit par le père, soit par l'enfant agissant seul et sans autorisation.

212. Quelle est la nature de l'administration légale? Faut-il la considérer comme un droit d'ordre public placé au-dessus des volontés privées? Ou, au contraire, peut-il y être dérogé par des clauses ou conventions particulières?

Une minorité d'auteurs enseignent qu'un donateur ou un testateur ne peut, par une clause de la donation ou du testament, retirer au père, pour la confier à un tiers, l'administration du bien qu'il donne ou qu'il lègue à l'enfant [2]. Sans doute, disent-ils, l'art. 387 permet de retirer au père ou à la mère le droit de jouissance légale; mais autre chose est l'usufruit paternel, autre chose l'administration légale. La loi autorise expressément la clause dont nous nous occupons, en ce qui concerne la jouissance légale; mais elle ne dit rien de pareil pour l'administration légale; c'est donc le droit commun qui doit être appliqué à celle-ci. Or quel est le droit commun? L'administration légale, confiée au père pendant le mariage, tient à la fois du mariage et de la puissance paternelle, institutions qui toutes deux intéressent l'ordre public. Il faut donc lui appliquer la disposition de l'art. 6, qui défend de déroger par des conventions particulières aux règles d'ordre public. Par suite, ni les époux par une clause de leur contrat de mariage, ni un donateur ou un testateur par une clause de la donation ou du testament, ne peut enlever au père ses pouvoirs d'administrateur. La gestion des biens de l'enfant, comme l'exercice de la puissance paternelle, dont elle est un attribut, constitue moins un droit qu'un devoir pour le père.

[1] Demolombe, VI, n. 441; Laurent, IV, n. 316; Huc, III, n. 248; Thomas, *Rev. gén. du droit*, 1899, p. 22). — Trib. civ. de la Seine, 29 avril 1891, *La Loi*, 5 juin 1891.

[2] Taulier, I, p. 499; Demante, II, n. 133 *bis*, III; Laurent, IV, n. 297 s.; Vigié, I, n. 823. — V. aussi Rouen (motifs), 29 mai 1845, S., 46. 2. 379, D., 46. 2. 148.

Conçoit-on qu'un particulier puisse relever le père d'une obligation qui lui est imposée par la loi? On essaie bien de justifier l'opinion généralement admise, en établissant une distinction entre les divers attributs de la puissance paternelle, dont les uns seraient essentiels et au-dessus des volontés privées, et les autres auraient un caractère exclusivement pécuniaire. Mais où trouve-t-on une pareille distinction? La loi aurait pu et peut-être dû la faire. Mais enfin, elle ne l'a pas faite, et il n'appartient pas à l'interprète de se substituer à elle. En faisant la loi, au lieu de se borner à en élucider et appliquer les dispositions, on tombe nécessairement dans l'arbitraire. La meilleure preuve n'en est-elle pas dans les tempéraments admis en général, et qui font du maintien ou de l'annulation de la clause en litige une question de fait, que les tribunaux sont appelés à résoudre d'après les circonstances, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, de l'intention du testateur ou du donateur? « La dérogation à une loi » d'ordre public, s'écrie Laurent, une question de fait! Cela » est une vraie hérésie juridique ».

Ces motifs n'ont pas convaincu la jurisprudence (1). Avec la majorité des auteurs (2), elle n'hésite pas à valider la disposition qui retire au père ses pouvoirs d'administrateur.

(1) Cass., 26 mai 1856, D., 56. 1. 320, S., 56. 1. 682. — Besançon, 4 juil. 1864, D., 64. 2. 165, S., 65. 2. 69. — Orléans, 5 fév. 1870, D., 70. 2. 49, S., 70. 2. 257. — Cass., 9 janv. 1872, D., 72. 1. 128, S., 72. 1. 107. — Cass., 3 juin 1872, D., 72. 1. 241, S., 72. 1. 273. — Nancy, 12 nov. 1874, D., 75. 2. 185, S., 75. 2. 44. — Cass., 31 mai 1881 (motifs), D., 82. 1. 22, S., 83. 1. 149. — Orléans, 21 avril 1894, S., 94. 2. 303. — Orléans, 12 juil. 1895, S., 95. 2. 244. — Trib. de Châteauroux, 6 mars 1894, D., 95. 2. 75. — Au sujet de ces arrêts, nous observerons que plusieurs d'entre eux ont été rendus dans des espèces où le père ou la mère se trouvait investi de la tutelle légale par suite du décès de son conjoint. En réalité, par conséquent, l'art. 389 se trouvait hors de cause, et la question qui se posait était celle de savoir si les pouvoirs du *tuteur* peuvent être restreints par des clauses ou conventions particulières. Néanmoins ces arrêts raisonnent en se plaçant au point de vue de l'art. 389.

(2) Duvergier sur Toullier, II, n. 1038, note *a;* Proudhon, *De l'usufruit,* I, n. 242 s.; Duranton, III, n. 375, note; Valette sur Proudhon, II, p. 283, note *a,* IV; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 17 *in fine;* Chardon, *Tr. de la puiss. patern.*, n. 135; Demolombe, VI, n. 458 et 458 *bis;* Seligman, *Rev. crit.*, 1875, p. 699; Aubry et Rau, I, § 123, texte et note 15; Huc, III, n. 237; Arntz, I, n. 674; Planiol, I, n. 1709; Wagner, *Rev. trimestrielle,* 1902, p. 785 s.; Thomas, *Rev. gén. du droit,* 1898, p. 429. — Cpr. Surville, I, n. 365.

Sans doute, dit-on en ce sens, l'administration des biens de l'enfant est attribuée au père ou à la mère comme une conséquence de la puissance paternelle dont il a l'exercice. Mais, parmi les attributs de la puissance paternelle, il en est qui ne peuvent en être séparés par la volonté de l'homme, parce qu'ils tiennent à l'essence même de l'autorité paternelle; tels sont la garde et l'éducation des enfants, et, d'une manière générale, les pouvoirs sur leur personne. D'autres, au contraire, peuvent être séparés de la puissance paternelle sans en altérer l'essence. Ce sont ceux qui touchent aux intérêts pécuniaires de l'enfant. L'art. 387 consacre cette distinction, en permettant au donateur ou testateur de retirer au père la jouissance légale du bien donné ou légué à l'enfant. Ne doit-on pas, à plus forte raison, adopter la même solution en ce qui concerne l'administration légale? L'exclusion de l'usufruit légal prononcée contre le père serait en effet illusoire, si l'administration du bien donné devait nécessairement être laissée au père qui, aux yeux du disposant, en est indigne ou incapable. D'autre part, le tiers est libre de donner ou de ne pas donner; s'il fait une libéralité à l'enfant, il faut qu'il puisse la subordonner à telle condition qu'il juge convenable, pourvu que cette condition ne viole ni la morale, ni l'ordre public. Or, en quoi la clause qui prive un père incapable ou dissipateur de l'administration du bien donné est-elle contraire à la morale ou à l'ordre public ? C'est le souci de l'intérêt de l'enfant qui guide le disposant. Il aurait pu, en donnant à un tiers l'usufruit et à l'enfant la nue propriété seulement, priver le père de l'administration. Pourquoi ne le pourrait-il pas, en donnant au mineur la pleine propriété? En somme, le père n'est que le représentant légal de son enfant ; si celui-ci était majeur, le disposant aurait pu confier à un tiers l'administration du bien qu'il lui aurait donné ou légué ; pourquoi ne lui serait-il pas permis, dans le cas où le bénéficiaire est mineur, d'enlever de même l'administration au représentant légal de celui-ci? Les deux situations ne sont-elles pas voisines? La loi qui régit la capacité d'une personne majeure est d'ordre public comme celle qui détermine les pouvoirs du père. En réalité, ni l'une, ni l'autre

n'est violée dans les deux hypothèses que nous supposons. Enfin, on peut faire remarquer que l'opinion généralement admise sauvegarde, d'une manière très satisfaisante, les intérêts de l'enfant ; tandis que, si le système adverse devait l'emporter, il en résulterait pratiquement que les personnes animées envers l'enfant d'intentions libérales s'abstiendraient de donner, si l'enfant est soumis à l'autorité d'un père incapable ou dissipateur [1].

Parmi les auteurs et les arrêts qui ont consacré le système que nous venons de développer, les uns valident, sans restriction d'aucune sorte, la clause qui prive le père de l'administration légale ; d'autres admettent les tempéraments qui suivent :

1° Par analogie de ce qui est décidé en matière d'usufruit légal, on tient pour non écrite la clause du testament ou de la donation, lorsque le bien, dont le disposant veut retirer au père l'administration, est compris dans la réserve de l'enfant. Les motifs sont en effet les mêmes dans les deux cas [2].

2° Les tribunaux peuvent considérer la clause comme non écrite, s'ils reconnaissent qu'en fait elle est contraire aux véritables intérêts de l'enfant. Par exemple, elle sera annulée si elle a été dictée par un sentiment d'hostilité à l'égard du père, et non par le souci de l'intérêt de l'enfant. La loi ne peut sanctionner une œuvre de colère et de passion. Seul l'intérêt de l'enfant, qui doit être par dessus tout pris en considération, peut légitimer la clause retirant au père l'administration. C'est donc avant tout une question de fait, que les tribunaux apprécieront souverainement, ce qui revient à dire, en définitive, que le maintien ou l'annulation de la clause est à leur discrétion.

212 *bis*. Si l'on reconnaît au disposant le droit d'enlever au père l'administration du bien objet de la libéralité, il faut, semble-t-il, décider, par identité de motifs, qu'il peut désigner lui-même la personne qui sera chargée de cette admi-

[1] Codes civils néerlandais, art. 362 ; portugais, art. 147 ; espagnol, art. 162 ; allemand, art. 1638 et 1909. — Laurent, *Avant-projet*, art. 368.

[2] V. la note sous Orléans, 12 juil. 1895, S., 95. 2. 244.

nistration [1], et fixer la durée et l'étendue des pouvoirs qu'il confère à celle-ci [2]. Si le disposant n'a pas nommé l'administrateur, c'est, croyons-nous, au tribunal, et non pas au conseil de famille, qu'il appartiendra de procéder à cette nomination [3]. De même encore, si l'administration du bien donné ou légué n'est pas enlevée au père, les pouvoirs de l'administrateur légal pourront être limités par une clause de la donation ou du testament [4].

213. L'administration légale prend fin : 1° par la majorité, l'émancipation ou la mort de l'enfant; 2° par tout événement entraînant pour le père déchéance de la puissance paternelle ; 3° par la mort de l'un des auteurs de l'enfant; l'administration légale est alors remplacée par la tutelle [5].

Comme tout administrateur, le père doit rendre compte de sa gestion, quand elle finit. Le compte sera rendu au propriétaire des biens, c'est-à-dire à l'enfant. D'après l'art. 389, le père ne doit rendre compte que de la propriété, pour les biens dont il avait la jouissance; car il a fait siens les fruits de ces biens, en vertu de son droit d'usufruit. Au contraire, en ce qui concerne les biens soustraits à son droit de jouissance, il doit compte de la propriété et des revenus [6].

[1] Dans la plupart des espèces soumises aux tribunaux, le testateur n'a pas, à proprement parler, nommé d'administrateur. Le plus souvent, il s'est agi de sommes dont le testateur chargeait son exécuteur testamentaire d'opérer le placement, et qui devaient être remises à l'enfant légataire, à une époque fixée par le *de cujus*.

[2] Ainsi il a été jugé, par interprétation de la volonté du disposant, que l'émancipation de l'enfant ne met pas fin nécessairement aux pouvoirs de l'administrateur nommé par l'auteur de la libéralité. Cass., 26 mai 1856, *supra*.

[3] Trib. de Châteauroux, 6 mars 1894, D., 95. 2. 75. Dans l'espèce, le testateur avait confié au conseil de famille la mission de nommer l'administrateur. Le tribunal décida que, le conseil de famille étant une institution étrangère à l'administration légale, la volonté du testateur sur ce point ne pouvait être obéie.

[4] Thomas, *op. cit.*, p. 431.

[5] L'administrateur légal peut-il être destitué de ses fonctions, pour cause d'infidélité ou d'incapacité ? Nous examinerons ce point en étudiant la question plus générale des limitations apportées à l'exercice de la puissance paternelle et de la déchéance de la puissance paternelle.

[6] Dans certaines législations, le père administrateur est tenu de rendre des comptes périodiques. V. code civil portugais, art. 152, 154.

CHAPITRE II

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS

214. Le législateur, semble-t-il, doit placer les enfants naturels, comme les enfants légitimes, sous la puissance de leurs parents. L'autorité paternelle dérive en effet de la procréation. Elle constitue moins un droit qu'un ensemble de devoirs dont les père et mère sont tenus envers ceux qu'ils ont mis au monde. On ne voit pas pourquoi la loi dispenserait les père et mère naturels de l'observation de ces devoirs. Bien plus, on peut même dire que les parents naturels sont plus strictement obligés envers leurs enfants que les parents légitimes, car ils ont à réparer une faute dont leurs enfants sont les victimes; ceux-ci n'ont d'autres parents, d'autres protecteurs que leur père et leur mère. L'intérêt des enfants naturels commande donc de les placer sous la puissance de leurs auteurs. Seulement, il y a lieu de se demander si, dans cet intérêt même, il ne convient pas de dépouiller la puissance paternelle de certains de ses attributs ordinaires et d'établir ainsi une différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels (1).

214 *bis*. Le code civil avait gardé sur cette matière un silence à peu près complet. Il se bornait à disposer, dans l'art. 383, que les art. 376, 377, 378 et 379 seraient communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. Comme on le voit, bien des points étaient restés dans l'ombre et le silence du législateur avait fait naître des difficultés. D'autre part, le code était resté absolument muet sur la tutelle des enfants naturels. Les lacunes que notre législation présentait à cet égard ont été comblées par la loi

(1) V. sur ce point codes civils portugais, art. 166 s., 275 s.; espagnol, art. 154, al. 2; code des biens du Monténégro, art. 651; codes civils néerlandais, art. 351; italien, art. 184; Zurich, art. 687, 696, 712. Laurent, *Avant-projet*, art. 378 s. — D'après le code civil allemand, le père naturel d'un enfant n'a pas sur celui-ci la puissance paternelle; quant à la mère, elle est seulement chargée du soin de la personne de l'enfant, art. 1707.

du 2 juillet 1907, *relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels* [1]. Cette loi a modifié les art. 383, 384, 389 et 142. Nous ne parlerons que de celles de ses dispositions qui sont relatives à la puissance paternelle.

214 *ter*. Pour qu'il puisse être question de puissance paternelle sur les enfants naturels, il faut évidemment que la filiation de ceux-ci soit établie par un mode légal, à l'égard de leurs deux auteurs, ou tout au moins de l'un d'eux. Or la filiation naturelle peut être constatée, soit par un aveu de paternité ou de maternité (reconnaissance volontaire, art. 334), soit par un jugement rendu sur une action en recherche de paternité ou de maternité (reconnaissance forcée ou judiciaire, art. 340 et 341). Il est bien certain que la puissance paternelle doit être attribuée à l'auteur ou aux auteurs de l'enfant, qui ont volontairement reconnu celui-ci. En avouant sa paternité ou sa maternité, le père ou la mère a témoigné l'affection qu'il éprouve pour son enfant; il a

[1] Projet déposé, au nom du gouvernement, par le garde des sceaux, à la séance du sénat du 29 nov. 1901. — Exposé des motifs, *Journ. off.*, Doc. parlem., Sénat, sess. extraord. 1901, p. 430, Ann. n. 429. — Renvoi du projet à la commission chargée d'examiner une proposition de M. Girard, relative à la tutelle des enfants naturels. — Rapport présenté par M. Girard, au nom de cette commission, séance du Sénat du 21 janv. 1902; *Journ. off.*, Doc. parlem., Sénat, sess. ordin., 1902, p. 42, Ann. n. 13. — Adoption par le sénat du projet, modifié sur un contre-projet de M. Legrand; séance du 17 juin 1902, *Journ. off.* du 18, Débats parlem., Sénat, p. 825. — Transmission du projet à la chambre des députés, le 8 juillet 1902. — Exposé des motifs, *Journ. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. ordin. 1902, p. 775, Ann. n. 237. — Rapport présenté par M. Pradet-Balade, au nom de la commission, séance de la chambre des députés du 7 déc. 1905, *Journ. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. extraord., 1905, p. 405, Ann. n. 2717. — N'ayant pas été mis à l'ordre du jour en temps utile le projet ne fut pas discuté; il fut présenté de nouveau par le gouvernement, à la chambre des députés, le 12 juin 1906. — Exposé des motifs, *Journ. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. ordin. 1906, p. 436, Ann. n. 42. — Rapport de M. Chastenet, *Journ. off.*, Doc. parlem., chambre, sess. ordin. 1907, p. 275, Ann. n. 907. — Déclaration d'urgence et adoption sans discussion par la chambre des députés, le 23 mai 1907, *Journ. off.*, Débats parlem., chambre, 24 mai 1907. — Présentation au sénat du projet adopté par la chambre, séance du 30 mai 1907, et renvoi à la commission; exposé des motifs, *Journ. off.*, Doc. parlem., Sénat, sess. ordin. 1907, p. 112, Ann. n. 130. — Rapport de M. Girard, 18 juin 1907, *Journ. off.*, Doc. parlem., Sénat, sess. ordin. 1907, p. 139, Ann. n. 164. — Déclaration d'urgence et adoption, sans discussion, le 25 juin 1907, *Journ. off.* du 26, Débats parlem., Sénat, p. 776. — Promulgation de la loi le 2 juil. 1907. *Journ. off.*, n° du 4 juil. 1907.

prouvé par là qu'il a conscience de l'étendue de ses devoirs envers lui, et il est digne d'être investi sur son enfant de l'autorité paternelle. Mais ne conviendrait-il pas de donner une solution contraire au cas où la filiation de l'enfant est constatée uniquement par une reconnaissance forcée ? Le père ou la mère a repoussé son enfant ; celui-ci a dû, pour faire constater son état, intenter contre son auteur une action en justice. Peut-on dire du père ou de la mère qu'il a le sentiment de ses devoirs envers son enfant ? Peut-on, sans danger pour l'enfant, placer celui-ci sous l'autorité du père ou de la mère qui a refusé de le reconnaître ? Nous ne le pensons pas, et le législateur devrait établir une différence entre les deux hypothèses [1].

Quelle est la solution qui a été adoptée sur ce point par la loi nouvelle ? Pas plus que les rédacteurs du code civil, les auteurs de la loi du 2 juillet 1907 ne paraissent avoir envisagé la question que nous venons de poser. Dans les travaux préparatoires, nous n'avons trouvé aucune trace de préoccupations de ce genre. Le législateur a songé uniquement au cas de la reconnaissance volontaire, perdant complètement de vue celui où la filiation est établie par une reconnaissance forcée. Faut-il en conclure que, dans cette dernière hypothèse, il faut appliquer les mêmes règles que si l'enfant n'avait été l'objet d'aucune reconnaissance ? Cette solution serait peut-être conforme à l'esprit de la loi, mais dans l'état actuel des textes, il nous paraît bien difficile de l'accepter. Il est généralement admis que, dans le silence de la loi, il faut attribuer à la reconnaissance forcée les mêmes effets qu'à la reconnaissance volontaire ; ou pour parler un langage plus précis, que la filiation naturelle produit les mêmes conséquences juridiques, quel que soit le mode par lequel elle est constatée. Ainsi l'enfant peut réclamer ses droits dans la succession de son père ou de sa mère, il peut lui réclamer des aliments, le mariage de ses deux auteurs entraîne sa

[1] Aux termes de l'art. 166 du code civil portugais : « Les enfants reconnus sont, » pendant leur minorité, soumis à la puissance paternelle de la même manière » que les enfants légitimes, à moins que leur filiation n'ait été contestée par leurs » père et mère et judiciairement établie contre ceux-ci ».

légitimation, qu'il ait été reconnu volontairement ou que sa filiation ait été judiciairement constatée. Il semble qu'il faille appliquer la même solution à la puissance paternelle. Car, à vouloir distinguer entre les diverses conséquences juridiques attachées à l'état de l'enfant naturel, on tomberait dans l'arbitraire, et il vaux mieux s'en tenir à une règle précise.

215. Il est encore une autre question que nous devons préalablement trancher. Ce que nous allons dire doit-il s'entendre de tous les enfants indistinctement, ou, au contraire, ne convient-il pas de faire une distinction entre les enfants naturels simples, d'une part, et, d'autre part, les enfants adultérins et les enfants incestueux ? Les travaux préparatoires de la loi nouvelle, pas plus que ceux du code civil, ne nous fournissent d'éclaircissements sur ce point. La question n'a pas été envisagée spécialement par le législateur.

On dit généralement qu'il ne peut s'agir de puissance paternelle sur les enfants adultérins ou incestueux (1). On argumente en ce sens des mots « *légalement* reconnus » qui se trouvent dans les art. 383 et 384. Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légalement reconnus (sauf en vue de la légitimation, nouv. art. 331 C. civ., L. du 7 nov. 1907), donc ils ne sont pas visés par les dispositions de nos textes. On ajoute : les parents adultérins ou incestueux sont frappés par la loi de réprobation. Lorsqu'ils sont légalement connus, ce qui d'ailleurs est assez rare, ils ne peuvent avoir aucun droit sur la personne et sur les biens de leurs enfants. La loi, en quelque sorte, leur enlève leurs enfants, et réduit au minimum les relations juridiques qui peuvent exister entre eux. C'est tout au plus si on peut leur appliquer l'art. 371, aux termes duquel l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses parents. Mais il est impossible d'aller plus loin.

Cette argumentation n'a pas convaincu tous les auteurs. On a soutenu qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les diverses catégories d'enfants naturels (2). La rédaction des art. 383 et

(1) Aubry et Rau, VI, § 572, p. 224 et 227 ; Demolombe, V, n. 597 et VI, n. 605 ; Dalloz, *J. G.*, v° *Puissance paternelle*, n. 182 ; Leloir, *op. cit.*, I, n. 373 ; Arntz, I, n. 686 ; Sarville, I, n. 382.

(2) Laurent, IV, n. 418.

384 peut recevoir une explication bien simple : en parlant des enfants naturels légalement reconnus, les textes expriment simplement cette vérité élémentaire qu'il faut que la filiation soit légalement constante. Il est évident en effet qu'il ne peut être question de rapports légaux entre les parents et les enfants, si le lien de paternité et de filiation qui les unit n'est pas régulièrement établi. Or la filiation des enfants adultérins ou incestueux est susceptible d'être légalement établie, dans certains cas exceptionnels. Les enfants adultérins ou incestueux ont alors des parents connus. On ne voit pas pourquoi on ne leur appliquerait pas les textes qui organisent la puissance paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus. Ils sont « légalement reconnus » dans le sens des articles 383 et 384. — Sans doute la loi voit avec défaveur la filiation incestueuse ou adultérine. Mais cela ne veut pas dire qu'elle ait entendu s'en désintéresser complètement. Elle ne veut évidemment pas que ces enfants restent sans protecteur. Or le père et la mère ne sont-ils pas leurs premiers protecteurs ? Il ne faut pas oublier, d'autre part, que la puissance paternelle est essentiellement un devoir pour ceux qui en sont investis. Il serait étrange que les père et mère adultérins ou incestueux fussent dispensés de ce devoir sacré. On peut aujourd'hui ajouter à ces considérations un argument tiré de la loi du 7 novembre 1907, qui a permis la légitimation des enfants incestueux et de certaines catégories d'enfants adultérins. En ce qui concerne ceux-ci, le législateur a fait disparaître une des différences qu'il établissait autrefois entre eux et les enfants naturels simples. Il tend à traiter de la même manière les enfants naturels, quelles que soient les conditions dans lesquelles a eu lieu leur conception.

215 *bis*. En principe, les père et mère naturels ont, sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs et non émancipés, les droits et les pouvoirs que la loi confère aux père et mère légitimes, comme conséquence de la puissance paternelle dont ils sont investis. C'est ce qui résulte du nouvel art. 383, al. 3, où nous lisons la disposition suivante : « *Sous ces réserves, et sauf ce qui sera dit à l'art. 389 de*

» *l'administration des biens, la puissance paternelle sur les* » *enfants naturels est régie comme celle relative aux enfants* » *légitimes* ».

SECTION PREMIÈRE

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE QUANT A LA PERSONNE DES ENFANTS NATURELS

216. Les père et mère naturels ont, en vertu de la puissance paternelle, le droit de *garde* ou de *surveillance* et le droit ou plutôt le devoir *d'éducation*. Ces attributs essentiels de la puissance paternelle leur appartenaient d'ailleurs avant la loi du 2 juillet 1907, qui n'a rien innové sur ce point. L'ancien art. 383 accordant aux père et mère naturels le droit de correction, il allait de soi que ceux-ci étaient chargés de la garde et de l'éducation de leur enfant. On ne pouvait tirer aucune objection sérieuse de ce que ce texte ne renvoyait expressément, ni à l'art. 372, ni à l'art. 374 (1).

217. En ce qui concerne le droit de correction, l'ancien art. 383 contenait simplement la disposition suivante : « Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus ». De ce texte résultaient incontestablement les propositions suivantes qui, *a fortiori*, sont encore exactes aujourd'hui :

1° L'enfant naturel peut être détenu, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition (art. 376, 377).

2° Dans les deux cas, il ne doit y avoir ni écriture, ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. La personne qui requiert la détention est tenue seulement de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables (art. 378).

3° La durée de la détention peut toujours être abrégée par le père (ou par la mère); et, si l'enfant, après sa sortie,

(1) Aubry et Rau, VI, § 571, p. 210, 212; Demolombe, VI, n. 617 s.; Laurent, IV, n. 352, 354, 355; Lelorr, *op. cit.*, I, n. 375; Huc, III, n. 184; Taudière, *op. cit.*, p. 125.

tombe dans de nouveaux écarts, une nouvelle mesure de rigueur peut être prise contre lui (art. 379).

Mais le texte ne disait pas de quelle manière et sous quelles conditions le droit de correction pouvait être exercé soit par le père, soit par la mère. Les art. 380, 381 et 382 ne figurant pas dans l'énumération de l'art. 383, la plupart des auteurs décidaient qu'il ne fallait pas en faire l'application au droit de correction exercé par les père et mère naturels (1). On décidait en conséquence que la mère naturelle pouvait faire détenir son enfant par voie d'autorité, lorsque celui-ci avait moins de seize ans commencés (arg. art. 376); que le père marié avec une femme autre que la mère, ou la mère mariée avec un homme autre que le père, conservait le droit de correction dans sa plénitude (2); enfin que l'enfant pouvait être détenu par voie d'autorité, même lorsque, âgé de moins de seize ans commencés, il possédait un état ou des biens personnels. Le droit de correction, dans cette opinion, s'exerçait donc d'une manière plus rigoureuse sur les enfants naturels que sur les enfants légitimes. On invoquait en ce sens les travaux préparatoires du code civil (3), et, pour justifier le système que l'on prétendait avoir été adopté par le législateur, on disait qu'il est nécessaire d'armer les parents naturels d'une autorité spéciale. L'enfant naturel est souvent mécontent de son sort; son caractère, aigri par une situation dont ses parents sont les auteurs, le rend moins soumis, moins respectueux, moins facile à gouverner qu'un enfant légitime.

Dans une autre opinion, on déclarait applicables aux père et mère, exerçant la puissance paternelle sur leurs enfants naturels, les art. 380, 381 et 382 du code civil. Sans doute, disait-on, l'art. 383 n'y renvoie pas expressément. Mais il ne renvoie pas non plus aux art. 371, 372 et 374 qui sont incontestablement applicables aux enfants naturels. Dans sa rédac-

(1) Proudhon, II, p. 248; Duranton, III, n. 360; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1089; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 210; Dalloz, *J. G.*, v° *Puiss. patern.*, n. 193 s.; Laurent, IV, n. 357 et 358; Huc, III, n. 184; Planiol, I, n. 1678.

(2) V. cependant Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 561, 562; Demante, II, n. 128 *bis*, V à X.

(3) Discours d'Albisson, Locré, VII, p. 88.

tion primitive, l'art. 383 déclarait applicables aux enfants naturels tous les articles du titre *De la puissance paternelle,* sans aucune distinction. Cette rédaction fut critiquée, parce que l'on trouva excessif d'accorder aux parents illégitimes le droit de jouissance légale. Pour donner satisfaction à ces critiques, on restreignit la portée du texte; mais, dans cette opération, on dépassa peut-être la mesure. On aurait dû citer les art. 380 à 382. Si on ne l'a pas fait, c'est sans doute parce que les mots : père remarié, mère remariée, qui se trouvent dans ces articles, ont semblé ne pas convenir textuellement aux père et mère naturels. On a jugé qu'il suffisait de renvoyer aux art. 376 à 379, en sous-entendant que les dispositions en seraient appliquées avec les modifications résultant des art. 380 à 382 qui en constituent le complément indispensable. On ajoutait qu'il ne serait ni moral ni logique d'accorder plus de pouvoirs aux parents naturels qu'aux parents légitimes, moins de garanties aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes. Or, c'est à ce résultat qu'on aboutit si on écarte l'application des art. 380 à 382.

C'est ce système qui a été consacré par la loi du 2 juillet 1907. En disposant que « la puissance paternelle sur les enfants naturels est régie comme celle relative aux enfants légitimes », le nouvel art. 383, al. 3, déclare applicables aux père et mère naturels tous les textes du code civil qui réglementent l'exercice du droit de correction sur les enfants légitimes. De là nous déduirons les conséquences suivantes :

1° Si le père, que nous supposons investi de la puissance paternelle, a épousé une femme autre que la mère de l'enfant, il ne pourra jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, alors même que l'enfant serait âgé de moins de seize ans commencés. Les motifs de l'art. 380 conservent en effet toute leur force. L'hostilité de la femme légitime du père est à redouter, et l'enfant a besoin de garanties spéciales.

2° L'enfant qui a un état ou des biens personnels ne peut être détenu que par voie de réquisition, même s'il a moins de seize ans commencés (art. 382).

3° La mère ne pourra jamais agir que par voie de réquisition (art. 381).

4° Si la mère, investie de la puissance paternelle, est mariée à un homme autre que le père de l'enfant, le droit de correction lui est enlevé. Il faut lui appliquer la disposition édictée par l'art. 381 à l'égard de la mère légitime remariée.

Le nouvel art. 383 renvoie implicitement à l'art. 381, qui oblige la mère légitime, exerçant le droit de correction, à obtenir le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Il faut donc appliquer ce texte à la mère naturelle exerçant la puissance paternelle sur la personne de son enfant dans la mesure où le permet la différence des conditions juridiques respectives des enfants légitimes et des enfants naturels. Si le père de l'enfant naturel est inconnu, ou si, étant légalement connu, il est décédé ou incapable, l'enfant naturel se trouve dans une situation comparable à celle d'un enfant légitime privé de parents paternels. L'enfant naturel n'a pas en effet de parents paternels en dehors de son père. Nous déciderons, en conséquence, que, dans cette hypothèse, la mère pourra exercer seule le droit de correction. Il nous paraît arbitraire d'exiger, dans le cas où le père, étant légalement connu, est incapable ou décédé, le concours des deux plus proches parents du père. L'art. 381 nous parle des parents paternels de l'enfant; or les parents du père ne sont pas les parents de l'enfant naturel. Nous ne croyons pas non plus que la mère soit tenue d'obtenir le consentement du tribunal, jouant le rôle de conseil de famille. Sans doute la mère naturelle a, en même temps, la tutelle et la puissance paternelle (art. 383 et 389 nouveaux). Mais, quand elle requiert la détention de son enfant, elle agit non comme tutrice, et en vertu de l'art. 468, mais comme investie de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant. Les règles de la tutelle et celles de la puissance paternelle ne doivent pas être confondues, quoique les deux pouvoirs se trouvent réunis dans les mains de la mère. L'enfant ne sera pas d'ailleurs dépourvu de garanties : le président du tribunal, libre d'accorder ou de refuser l'ordre d'arrestation, examinera les motifs allégués par la mère, et en contrôlera la valeur.

Si le père est vivant et capable, mais que l'exercice de la puissance paternelle ait été conféré à la mère, celle-ci, lorsqu'elle voudra faire détenir son enfant, devra-t-elle obtenir le consentement du père? La question ne paraît pas avoir été envisagée par le législateur. Peut-être conviendrait-il de la résoudre par l'affirmative. Si l'art. 381 veut que la mère consulte les parents paternels, il semble qu'elle devrait, *à fortiori*, obtenir l'assentiment du père, qui est le premier des parents paternels. En sens contraire, on peut, il est vrai, objecter que l'art. 381 vise les parents paternels autres que le père, et que d'autre part il ne faut pas permettre au père de diminuer les droits conférés à la mère en s'opposant à la mesure de correction requise par celle-ci.

SECTION II

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE RELATIFS AUX BIENS

218. Le droit de jouissance légale et le pouvoir d'administration légale sont des attributs de la puissance paternelle d'un caractère moins essentiel que ceux qui se réfèrent à la personne de l'enfant. On pourrait concevoir un système législatif dans lequel ces droits seraient refusés aux père et mère naturels. C'était, croyons-nous, la solution qui avait été admise par les rédacteurs du code civil; mais la loi du 2 juillet 1907 a consacré un système différent. Elle accorde aux père et mère naturels le droit de jouissance légale, mais elle ne leur confie le pouvoir d'administrer les biens de leurs enfants qu'en qualité de tuteurs.

219. Droit de jouissance légale. — Avant la loi nouvelle, on admettait comme un point certain, tant en jurisprudence qu'en doctrine [1], que les père et mère n'avaient pas sur les

[1] Toullier, II, n. 973 et 1075; Marcadé, II, n. 157; Proudhon, II, p. 252; Duranton, III, n. 360 et 364; Zachariæ, I, § 207, p. 335; Vazeille, *Du mariage*, II, n. 477; Chardon, *op. cit.*, n. 118; Demante, II, n. 128 *bis*, I; Aubry et Rau, VI, § 571, texte et note 18; Demolombe, VI, n. 649; Laurent, IV, n. 360; Arntz, I, n. 665; Lelour, *op. cit.*, I, n. 378; Huc, *loc. cit.*; Taudière, *op. cit.*, p. 125; Planiol, I, n. 1652; Baudant, II, n. 740; Surville, I, n. 378 et 381. — Caen, 22 mars 1860, S., 60. 1. 610. — Cpr. Pau, 13 fév. 1822, *J. G.*, v° *cit.*, n. 196, S., 23. 2. 89.

biens de leurs enfants le droit de jouissance légale. Non seulement il n'y avait pas de texte qui le leur accordât, mais encore le législateur de 1803 avait marqué à plusieurs reprises la volonté de le leur refuser. Cette intention résultait d'abord de la place qu'occupait l'art. 383 précédant immédiatement les articles qui organisent le droit de jouissance légale, puis des termes mêmes de l'art. 383, qui ne comprenait pas les textes relatifs au droit de jouissance légale dans l'énumération qu'il donnait des articles applicables aux père et mère naturels; enfin du texte des art. 384 s., qui supposaient à diverses reprises le mariage des père et mère auxquels le droit de jouissance était accordé. Les travaux préparatoires du code civil ne pouvaient d'ailleurs laisser subsister aucun doute sur ce point : la rédaction primitive de l'art. 383 fut modifiée, comme nous le savons, précisément pour retirer le droit de jouissance légale aux père et mère naturels [1].

Du reste, ce n'est pas sans de sérieux motifs que les rédacteurs du code civil en avaient décidé ainsi. Si le droit de jouissance légale avait été accordé aux père et mère naturels, on aurait peut-être vu se produire des reconnaissances frauduleuses déterminées par le désir de jouir des biens d'un enfant naturel en possession d'une certaine fortune. Sans doute, ces reconnaissances mensongères auraient pu être contestées; mais cela aurait donné lieu à des débats scandaleux et pénibles qu'il valait mieux éviter. D'autre part, la loi n'attribue aux enfants naturels que des droits restreints dans la succession de leurs père et mère. Il n'aurait pas été équitable de conférer à ceux-ci l'usufruit du patrimoine de leurs enfants. Car l'augmentation de fortune qui en serait résultée pour eux aurait plus tard profité, en partie du moins, à d'autres qu'aux enfants. Enfin les père et mère naturels ont sans doute la charge de l'éducation et de l'entretien de leurs enfants, mais ce n'est pas le seul motif sur lequel soit fondé l'usufruit paternel. Le droit de jouissance légale est, comme on l'a vu, en étroite corrélation avec l'administration légale.

[1] Locré, VII, p. 14.

Or, le code civil avait refusé aux père et mère le droit d'administration légale.

Aussi n'est-ce pas sans hésitation que les auteurs de la loi du 2 juillet 1907 ont reconnu le droit de jouissance légale aux père et mère naturels. M. Girard nous dit en effet, dans le rapport qu'il a présenté au sénat, le 21 janvier 1902 : « Ce droit de jouissance légale étant entièrement distinct et indépendant de l'exercice de la tutelle, nous nous sommes demandé s'il était prudent..... de créer ainsi une similitude complète entre les père et mère légitimes et les père et mère naturels, si l'on ne s'exposerait pas peut-être à provoquer, dans certains cas, des reconnaissances basées plutôt sur l'intérêt que sur une véritable affection. Les partisans de ce système nous répondirent que ces préoccupations n'étaient pas fondées ; que le code accorde déjà aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus quelques effets de la puissance paternelle, notamment le droit de correction et celui de consentir au mariage ; que le droit de garde et d'autorité que le projet ajoute à leurs attributions comporte l'obligation pour les parents d'élever leurs enfants, ce qui implique, par voie de conséquence, l'administration et même l'usufruit de leurs biens..... La commission a cru devoir s'associer (à ce système)..... mais, dans le but de prévenir des reconnaissances tardives et intéressées, elle vous propose de décider..... que celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'aura droit à l'usufruit légal qu'à dater du jour où le subrogé tuteur aura été nommé, soit à sa requête, soit d'office, par le tribunal ». Tel est en effet le système qui a été consacré par le législateur.

L'alinéa 2 du nouvel art. 384 contient la disposition suivante : « *Celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle aura la jouissance légale des biens de son enfant légalement reconnu, sauf ce qui sera dit à l'art. 389* ». Et l'art. 389 ajoute, dans son al. 3 nouveau : « *Il n'aura droit à la jouissance légale qu'à partir de la nomination du subrogé tuteur, si elle n'a pas eu lieu dans le délai ci-dessus fixé* ». Le délai dont il est question dans ce texte est le délai de trois mois à dater de l'entrée en fonctions du père ou de la mère investi de la tutelle légale.

Si la nomination du subrogé tuteur a eu lieu dans les trois mois, le père ou la mère aura le droit de jouissance légale, du jour même où il a commencé à exercer la puissance paternelle ; c'est-à-dire suivant les cas, du jour où il aura reconnu l'enfant, ou du jour du décès de l'autre auteur, si c'était à celui-ci qu'appartenait antérieurement l'exercice de la puissance paternelle, ou encore du jour où est devenue définitive la décision de justice qui lui a attribué l'exercice de la puissance paternelle (art. 383 al. 1 et 2). Si, au contraire, la nomination du subrogé tuteur n'a pas eu lieu dans le délai de trois mois, le père ou la mère ne commencera à jouir des revenus des biens de son enfant qu'à dater seulement de cette nomination [1].

219 *bis*. La loi attribue au père ou à la mère le droit de jouir des biens de son enfant naturel, comme une conséquence de la puissance paternelle dont il a l'exercice. De là il résulte que, lorsque, en vertu de l'art. 383 al. 2, l'exercice de la puissance paternelle aura été enlevé par la justice à l'un des deux auteurs et attribué à l'autre, le premier perdra, par cela même, le droit de jouissance qui lui appartenait jusqu'à ce moment.

Le père ou la mère, investi de la tutelle légale de son enfant naturel, peut être destitué de cette tutelle par une décision du tribunal jouant le rôle de conseil de famille (art. 444), sans être cependant déchu de la puissance paternelle. S'il s'agissait d'un père ou d'une mère légitime, la destitution de

[1] Il est permis de douter que la mesure prise par la loi nouvelle « dans le but de prévenir des reconnaissances tardives et intéressées » soit bien efficace. Nous ne voyons pas comment on pourra prévenir les reconnaissances tardives, mais sincères. Le père ou la mère pourra toujours s'abstenir de reconnaître son enfant, tant qu'il n'aura rien, sauf à le reconnaître ensuite, et à se mettre en règle avec la loi, quand l'enfant aura des biens personnels. Peut-être, et encore sur ce point nous avons bien des doutes, la disposition de l'art. 389 aura-t-elle pour effet d'empêcher des reconnaissances intéressées et mensongères. La nécessité de faire nommer un subrogé tuteur pour avoir la jouissance des biens de l'enfant fera peut-être hésiter l'homme ou la femme qui voudrait reconnaître un enfant qui lui est étranger, dans l'unique pensée de s'approprier les revenus de cet enfant. Le subrogé tuteur, étant chargé de représenter l'enfant dont les intérêts sont en conflit avec ceux de son tuteur, nous paraît avoir qualité pour contester, au nom de celui-ci, la reconnaissance dont il a été l'objet (art. 339). Il intentera cette action, si la sincérité de la reconnaissance lui paraît douteuse.

la tutelle n'entraînerait pas l'extinction du droit de jouissance légale. Faut-il donner une solution différente pour le père ou la mère d'un enfant naturel? On serait tenté de répondre affirmativement, étant donné le lien que le nouvel art. 389 paraît établir entre la tutelle et la jouissance légale. La solution contraire cependant nous semble préférable. Le nouvel art. 384 al. 2 nous dit en effet que le père ou la mère exerçant la puissance paternelle aura la jouissance légale dans les mêmes conditions que les père et mère légitimes. Donc s'il est seulement destitué de la tutelle, sans que le droit de puissance paternelle lui soit enlevé, il conservera le droit de jouissance légale, que le père ou la mère légitime conserverait dans le même cas.

219 *ter*. Les pères et mères naturels ont pu réclamer la jouissance légale des biens de leurs enfants, dès le jour où la loi nouvelle est entrée en vigueur, et alors même qu'ils auraient reconnu leurs enfants à une date antérieure. Il y a lieu d'appliquer, *à fortiori,* la solution que nous avons donnée plus haut, n° 168 *bis,* en ce qui concerne le droit de jouissance de la mère légitime qui a contracté un nouveau mariage.

220. Droit d'administration légale. — On décidait très généralement, avant la loi du 2 juillet 1907, que la puissance paternelle sur les enfants naturels n'était pas assortie de l'administration légale, en d'autres termes, que les enfants illégitimes, même reconnus par leurs auteurs, étaient en tutelle dès le moment de leur naissance [1]. Les art. 389 et 390 C. civ. n'accordaient en effet le droit d'administration légale qu'aux pères (et mères) légitimes, et de leurs termes il résultait qu'il ne pouvait, en dehors du mariage, être question d'administration légale. Solution tout à fait conforme d'ailleurs à l'esprit général de notre législation. La loi confie au père l'administration des biens de ses enfants légitimes,

[1] Demante, II, n. 128 *bis*, I; Demolombe, VI, n. 650; Aubry et Rau, VI, § 571, texte et note 14; Lebon, *op. cit.*, I, n. 379; Taudière, *op. cit.*, p. 125; Beudant, *op. cit.*, II, n. 730, 735 s.; Surville, I, n. 363 et 381; Planiol, I, n. 1708 et 1762 s. — Pau, 13 fév. 1822, *J. G.*, v° *cit.*, n. 196. — Caen (motifs), 14 déc. 1896, S., 97. 2. 37, D., 98. 2. 355. — Paris, 17 mars 1897, S., 01. 2. 105, et la note de M. Lacoste, D., 97. 2. 215. — Caen (motifs), 16 nov. 1898, S., 99. 1. 24, D., 99. 1. 218.

parce que, pendant le mariage, il est contrôlé par la mère. Mais tout autre est la situation des enfants naturels; si l'administration était confiée à l'un des deux auteurs, par qui celui-ci serait-il surveillé? L'absence de contrôle apparaît clairement dans le cas où l'enfant n'est reconnu que par un seul de ses auteurs. Mais cette surveillance manquerait également dans le cas où la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère; car ceux-ci ne vivent pas toujours ensemble, et alors même qu'ils vivraient d'une vie commune, ils sont légalement étrangers l'un à l'autre.

Ces considérations ont semblé décisives au législateur de 1907, et celui-ci a consacré purement et simplement le système qui l'emportait en doctrine et en jurisprudence. Estimant, comme le dit M. Chastenet dans son rapport à la chambre des députés, que, lorsque les père et mère ne sont pas mariés, le contrôle de la mère est à peu près illusoire [1] il n'a pas accordé l'administration légale aux parents naturels, et ne leur a conféré qu'en qualité de tuteurs la gestion des biens de leurs enfants mineurs [2] (art. 389).

Aurait-il été possible d'adopter un système différent? Sous l'empire du code civil certains auteurs enseignaient que, dans le silence de la loi, il fallait appliquer par analogie, aux enfants naturels, les règles édictées pour les enfants légitimes, en y introduisant toutefois les modifications que commande la différence des situations juridiques. Si le législateur s'était approprié cette idée, il aurait dû reconnaître aux père et mère naturels, comme aux père et mère légitimes, l'administration légale des biens de leurs enfants; et cette administration légale n'aurait pris fin pour être remplacée par la tutelle, que dans des cas analogues à ceux qui font cesser l'administration légale et donnent par conséquent ouverture à la tutelle. Mais si l'idée paraît simple au premier abord, l'application en est singulièrement délicate. De déduc-

[1] V. également le rapport présenté par M. Girard au sénat, séance du 21 juin 1902, sur la question de savoir si la subrogée tutelle peut être confiée à celui des deux auteurs qui n'a pas la tutelle.

[2] Dans le même sens, code civ. néerlandais, art. 361, 408, 413 s. — Cpr. codes civ. italien, art. 184; allemand, art. 1707; de Zurich, art. 687, 690, 712.

tions en déductions, on en arriverait à appliquer en définitive aux enfants naturels des règles très différentes de celles qui régissent les enfants légitimes. On peut aisément s'en convaincre en examinant les solutions auxquelles étaient arrivés les partisans de ce système, sous l'empire du code civil [1]. Ainsi l'enfant ayant été reconnu par ses deux auteurs, et l'un de ceux-ci étant décédé, il aurait fallu, contrairement à ce qui se passe pour les enfants légitimes, décider que le survivant prend ou conserve l'administration légale et que la tutelle ne s'ouvre pas. En effet la situation de l'enfant naturel n'est pas du tout la même que celle de l'enfant légitime. La mort du père ou de la mère change complètement la situation morale et juridique de l'enfant légitime ; d'une part, en effet, il se trouve privé de l'un de ses protecteurs naturels et de la surveillance que celui-ci exerçait sur l'administration de l'autre; d'autre part, par suite des relations pécuniaires qui existaient entre les deux époux, l'enfant, héritier de l'auteur décédé, va se trouver en conflit d'intérêts avec l'autre. L'on comprend que la loi ait cru devoir mettre fin à l'administration légale, qui ne présente plus à ses yeux de garanties suffisantes. Mais il en est tout autrement de l'enfant naturel. La mort de son père ou de sa mère n'apporte aucun changement à sa situation; en droit, sinon en fait, celle-ci reste absolument la même. Il n'y a aucun motif de remplacer l'administration légale par la tutelle.

Par identité de raisons, il aurait fallu donner la même solution au cas où l'enfant aurait été reconnu par un seul de ses deux auteurs ; celui-ci gérerait les biens de son enfant, non comme tuteur, mais en qualité d'administrateur légal. De sorte qu'en définitive, il n'aurait fallu donner ouverture à la tutelle que dans le cas seulement où, l'enfant ayant été reconnu par ses père et mère, tous deux seraient décédés.

En somme, en voulant traiter les enfants naturels de la même manière que les enfants légitimes, on aurait été conduit, par la logique et la force même des choses, à leur

[1] Laurent, IV, n. 359, 413 s. ; Huc, III, n. 238. — Cpr. Paris, 9 nov. 1898, S., 01. 2. 105, en note.

appliquer un traitement tout à fait différent, et on serait arrivé à ce résultat singulier de donner à la puissance paternelle des père et mère naturels plus d'énergie qu'à celle des parents légitimes. Le père ou la mère d'un enfant naturel aurait toujours administré les biens de celui-ci en qualité d'administrateur légal, et les règles de la tutelle ne lui auraient jamais été applicables, à la différence du père ou de la mère légitime. Solution qui se comprend très bien dans les législations qui considèrent la tutelle comme incompatible avec la puissance paternelle (ces législations traitent exactement de la même manière les enfants légitimes et les enfants naturels) (1) ; mais qui ne peut se justifier dans une législation qui, comme la nôtre, admet, pour les enfants légitimes, la coexistence possible des deux institutions. Pour rester fidèle à son principe général sur la protection des mineurs, le législateur devait donc, comme il l'a décidé par la loi nouvelle, refuser au père et à la mère naturels le pouvoir d'administrer les biens de leurs enfants si ce n'est en qualité de tuteurs.

CHAPITRE III

DES PERSONNES AUXQUELLES APPARTIENNENT LA JOUISSANCE ET L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

221. Aux termes de l'art. **372** : « *Il* (l'enfant) *reste sous leur* » *autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation* ».

= *Sous leur autorité.* — Donc la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Et la règle est la même, qu'il s'agisse de parents naturels ou de parents légitimes (arg. art. **383**, al. **3** nouveau). Mais la loi a cru devoir attribuer l'exercice de la puissance paternelle à un seul des deux auteurs, afin qu'il y eût plus d'unité dans la direction des intérêts de l'enfant. Les règles posées par elle à cet égard varient suivant qu'il s'agit d'un enfant légitime ou d'un enfant naturel.

(1) Codes civ. portugais, art. 166, 167, 275, 279, 284 ; espagnol, art. 134, al. 2. — Cpr. Laurent, *Avant-projet*, art. 385 et 397.

SECTION PREMIÈRE

QUI A L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES

222. L'exercice de la puissance paternelle appartient exclusivement au père durant le mariage. Tel est le principe posé par l'art. 373 : « *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage* ».

Ainsi, pendant le mariage, les droits de la mère s'effacent devant ceux du père. La mère ne peut exercer qu'une influence morale sur l'éducation des enfants et l'administration de leur fortune (1). En cas de conflit, c'est la volonté du père qui l'emporte. Il y a là une règle d'ordre public, à laquelle il ne peut être porté atteinte par aucune stipulation particulière (art. 6 C. civ.). L'art. 1388 fait l'application de ce principe au contrat de mariage, en déclarant nulle toute clause par laquelle il est dérogé aux droits du mari sur la personne et les biens des enfants (2).

223. Exceptionnellement, la mère peut être appelée, pendant le mariage, à l'exercice de la puissance paternelle.

Il en est ainsi tout d'abord au cas où la séparation de corps a été prononcée entre les deux époux (V. *Traité des personnes*, IV, n. 267 s. et 318 s.).

De même, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère pendant le mariage, lorsque le père est dans l'impossibilité *légale*, *morale* ou *physique* de l'exercer.

Dans l'impossibilité *légale* : 1° quand il est interdit judiciairement (3) ; 2° quand il est interdit légalement (4) ; 3° quand

(1) V. sur ce point Leloir, *op. cit.*, I, n. 298-299. — Cpr. Codes civ. italien, art. 224, 231 s. ; espagnol, art. 155 à 166 ; allemand, art. 1634, 1684 s. ; portugais, art. 138 s., 155 s. — Dans le cas où la mère est appelée à exercer la puissance paternelle, ces législations édictent des règles spéciales analogues à celles des art. 391 s. de notre code civil.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, n. 24 s.

(3) Demolombe, VI, n. 256, et les auteurs cités. — *Adde*, Laurent, IV, n. 262 ; Huc, III, n. 166 ; Leloir, *op. cit.*, I, n. 301-302 ; Thomas, *Revue génér. du droit*, 1898, p. 425 ; Beudant, II, n. 686.

(4) Demolombe, VI, n. 261 ; Huc, Beudant, *loc. cit.* ; Thomas, *op.* et *loc. cit.*

il est déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889 (1).

Dans l'impossibilité *morale*, quand il est fou sans être interdit (2).

Dans l'impossibilité *physique*, quand il est absent (3). Au cas où le père est en état d'absence il ne faut pas assimiler celui où il est simplement éloigné de son domicile, sans que son existence soit incertaine (4).

La loi dit expressément, dans l'art. 141, que la mère exerce la puissance paternelle, au cas où le père est absent. Mais la même solution doit être donnée dans les autres hypothèses, où, pendant la durée du mariage, le père se trouve dans l'impossibilité de l'exercer. En effet, l'art. 372 attribue la puissance paternelle à la mère aussi bien qu'au père, et le seul obstacle légal qui s'oppose à ce qu'elle l'exerce durant le mariage vient de ce que l'art. 373 en confère l'exercice exclusif au père (V. cependant l'art. 9 de la loi du 24 juillet 1889). C'était, du reste, la règle suivie dans l'ancien droit (5).

Le principe est admis par tous les auteurs (6). Mais ils se divisent sur le point de savoir comment la mère exerce la puissance paternelle et quels sont les attributs qui lui en sont conférés.

Il est incontestable que la mère a la garde et l'éducation de ses enfants. Ce sont les attributs essentiels de la puissance paternelle.

Il est également certain qu'elle ne peut exercer le droit

(1) La déchéance de la puissance paternelle encourue par le père ne transfère pas de plein droit à la mère l'exercice de la puissance paternelle. Il existe sur ce point des règles spéciales que nous exposerons, en fournissant le commentaire de la loi du 24 juillet 1889 (*infra*, n. 275).

(2) Cette solution est incontestable dans le cas où le père est interné dans un établissement d'aliénés. Elle est plus douteuse dans l'hypothèse contraire. V. sur ce point Demolombe, VI, n. 298; Laurent, IV, n. 262; Huc, Beudant, *loc. cit.*; Leloir, *op. cit.*, I, n. 302.

(3) Cette dernière hypothèse est réglée par le chapitre IV du titre *Des absents*. — V. le commentaire de ce chapitre (Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n. 1287 s.).

(4) Demolombe, VI, n. 299; Leloir, *op. cit.*, I, n. 302.

(5) Pothier, *Traité des personnes*, I, VI, 2.

(6) Cpr. cependant Proudhon, II, p. 244.

de correction qu'en se conformant aux règles édictées par l'art. 381 (*supra*, n. 139).

A notre avis, la mère aura aussi sur les biens de ses enfants le droit de jouissance de l'art. 384. La question a déjà été discutée pour le cas où le père est absent ([1]); elle comporte ici la même solution pour des motifs identiques. L'opinion contraire est cependant généralement admise ([2]).

De même enfin, la mère aura, sur les biens de ses enfants, le droit d'administration légale qui appartenait au père, et elle l'exercera au même titre et avec la même étendue que celui-ci (art. 389) ([3]). Dans le cas d'interdiction du mari, la femme aurait l'administration légale, alors même qu'elle ne serait pas investie de la tutelle du mari, car elle agit en vertu de pouvoirs qui lui appartiennent en propre et non pas en qualité de représentant de son mari interdit ([4]).

224. Lorsque le mariage est dissous, à qui appartient l'exercice de la puissance paternelle? Les règles à suivre varient, suivant que la dissolution du mariage a lieu par le divorce ou par la mort de l'un des deux époux.

Le cas du divorce est prévu par les art. **302** et **303**, dont le commentaire a été fourni sous le titre *Du divorce* (*Traité des personnes*, IV, n. 267 s.) ([5]).

Après le décès de l'un des père et mère, le survivant prend ou conserve l'exercice de la puissance paternelle, alors même qu'il ne serait pas investi de la tutelle. Il y a lieu alors, comme nous l'avons montré, à un partage d'attribu-

([1]) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, II, n. 1293.

([2]) En notre sens, Marcadé, II, n. 155. — *Contra* Zachariæ, I, § 189, p. 369; Demante, II, n. 129 *bis*, IV; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 40; Demolombe, VI, n. 483; Leloir, *op. cit.*, I, n. 305. — Cpr. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 189, note 3.

([3]) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, II, n. 1292.

([4]) Si l'on admet que le mari empêché d'exercer la puissance paternelle conserve néanmoins le droit de jouissance légale, il y aurait lieu de faire la distinction suivante : la gestion des biens grevés de l'usufruit paternel appartiendrait au représentant légal du mari, et la mère aurait l'administration légale des autres. Demolombe, VI, n. 450; Seligman, *op. cit.*, p. 708; Thomas, *op.* et *loc. cit.*

([5]) *Idem*, en ce qui concerne spécialement l'administration légale, Thomas, *Revue gén. du droit*, 1899, p. 223 s. — De Loynes, note sous Paris, 14 juin 1901, D. 07. 2. 313.

tions entre le père ou la mère survivant et le tuteur (*supra*, n. 129).

SECTION II

A QUI APPARTIENT L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS ILLÉGITIMES

225. Observation. — La question de savoir à qui appartient l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants illégitimes ne peut évidemment se poser que lorsque, la filiation d'un enfant naturel étant légalement établie à l'égard de ses deux auteurs, ceux-ci sont tous deux vivants et capables, en droit et en fait, d'exercer la puissance paternelle. La jouissance de la puissance paternelle appartenant également au père et à la mère, il y a lieu de se demander auquel des deux auteurs en appartiendra l'exercice.

226. Le code civil de 1803 gardait sur ce point un silence complet. Cette lacune de notre loi pouvait recevoir une explication telle quelle : Le législateur avait peut-être hésité à poser une règle générale, analogue à celle qu'il a édictée pour les enfants légitimes, à cause des résultats fâcheux qu'aurait pu, dans la pratique, produire l'application de cette règle [1].

Pour les enfants légitimes, en effet, il y a une situation normale, régulière, en vue de laquelle il a été possible de statuer; c'est le mariage et la vie commune de leurs auteurs. Il est vrai que les liens du mariage peuvent être rompus par le divorce ou relâchés par la séparation de corps; mais ce sont là des hypothèses exceptionnelles, que le législateur a d'ailleurs prévues et pour lesquelles il a édicté des règles spéciales.

Tout autre est la situation des enfants naturels. Entre leurs parents il n'existe pas de relations régulières, pouvant être soumises à des règles précises. Le plus souvent, les père et mère habitent séparément; et lorsqu'ils vivent ensemble, il n'y a entre eux qu'une union illicite et ordinairement disproportionnée. Dès lors, les rédacteurs du code ont peut-être

[1] Demolombe, VI, n. 626.

pensé qu'il valait mieux laisser à la prudence des magistrats le soin de décider, en fait et d'après les circonstances, à qui la personne de l'enfant doit être confiée. La position des enfants naturels, dans leurs rapports avec leurs auteurs, est en effet assez semblable à celle qui est faite aux enfants légitimes par le divorce prononcé entre leurs père et mère. Les motifs qui ont inspiré la disposition de l'art. 302 peuvent être invoqués en ce qui concerne les enfants illégitimes.

Cette solution, à peu près unanimement admise par la doctrine et par la jurisprudence avant la loi du 24 juillet 1889 (1), avait été maintenue après la promulgation de cette loi. Sans doute, comme nous le verrons, la loi de 1889 a enlevé aux tribunaux leur pouvoir de contrôle et de surveillance sur l'exercice de la puissance paternelle. Mais il s'agit là d'une situation tout à fait semblable à celle qui est réglementée par l'art. 302, dont les dispositions n'ont été en aucune manière modifiées par celles de la loi de 1889 (2).

On décidait, en conséquence, que les tribunaux, au cas où un conflit s'élevait entre le père et la mère, pouvaient confier la garde de leur enfant à l'un ou à l'autre des deux auteurs, ou même à un tiers. Mais, si les tribunaux n'avaient pas été appelés à statuer sur ce point, on était en désaccord sur la question de savoir auquel des deux auteurs devait être accordée la préférence. On admettait assez généralement que la volonté du père devait, provisoirement du moins, l'emporter sur celle de la mère (3).

(1) Delvincourt, I, p. 98, note 2; Vazeilles, *Du mariage*, II, n. 474; Toullier, I, n. 1016; Valette sur Proudhon, II, p. 248, note *a*; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 562; Chardon, *op. cit.*, II, n. 85 s.; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1107; Marcadé, II, n. 144, 146; Demante, II, n. 128 *bis*, II; Zachariæ, I, § 171, texte et note 4; Demolombe, VI, n. 627; Aubry et Rau, VI, § 571, texte et notes 4 et 8; Laurent, IV, n. 349, 350; Vigié, I, p. 384, 385. — Pau, 13 fév. 1822, *J. G.*, v° *cit.*, n. 196. — Bruxelles, 23 déc. 1830, *J. G.*, v° *cit.*, n. 186. — Lyon, 8 mars 1859, D., 59. 2. 152, S., 60. 2. 131. — Paris, 10 avril 1872, D., 72. 2. 144. — Paris, 19 mai 1882, S., 82. 2. 164. — V. cependant Duranton, III, n. 360, p. 351 s.

(2) Vigie, *loc. cit.* — Paris, 10 mai 1894, D., 94. 2. 534. — Douai, 6 févr. 1899, D., 00. 2. 145. — Nancy, 31 mai 1900, D., 00. 5. 563. — Trib. de Chambéry, 8 déc. 1900, D., 02. 2. 146. — Lyon, 23 févr. 1904, D., 04. 2. 364. — Cpr. Leloir, *op. cit.*, I, n. 380, 340, 529 s.

(3) Loiseau, *Tr. des enf. natur.*, p. 546 s.; Valette sur Proudhon, II, p. 248, note *a*; Marcadé, II, n. 144, 146; Zachariæ, I, § 171, texte et note 3; Aubry et Rau,

226 *bis*. La loi du 2 juillet 1907 a consacré, en le modifiant néanmoins sur un point important, le système qui était généralement admis par la doctrine et la jurisprudence. Aux termes du nouvel art. 383, al. 1 et 2 : « *La puissance paternelle* » *sur les enfants naturels légalement reconnus est exercée par* » *celui de leurs père et mère qui les aura reconnus le premier ;* » *en cas de reconnaissance simultanée par le père et la mère,* » *le père seul exerce l'autorité attachée à la puissance pater-* » *nelle ; en cas de prédécès de celui des parents auquel appar-* » *tient la puissance paternelle, le survivant en est investi de* » *plein droit. — Le tribunal peut toutefois, si l'intérêt de* » *l'enfant l'exige, confier la puissance paternelle à celui des* » *parents qui n'en est pas investi par la loi* ».

Comme on le voit, la loi distingue plusieurs hypothèses.

226 *ter*. I. Si l'enfant est reconnu par un seul de ses auteurs, il n'y a pas de difficultés : c'est au père ou à la mère qui a reconnu son enfant qu'appartient, s'il est capable, l'exercice de la puissance paternelle. De même si, l'enfant ayant été reconnu par ses deux auteurs, soit simultanément, soit successivement, l'un de ceux-ci décède ou se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, l'exercice de cette puissance appartiendra à l'autre. Il en sera ainsi, même dans le cas où, du vivant de l'auteur prédécédé, l'exercice de la puissance paternelle a été attribué à celui-ci par une décision du tribunal, usant du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 383, al. 2. La décision de la justice a, en effet, enlevé simplement à l'auteur survivant l'exercice de la puissance paternelle, dont il était investi par la loi, mais elle ne lui en a pas retiré la jouissance.

226 *quater*. II. Lorsque l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère, soit simultanément, soit successivement, la loi a dû prendre des mesures pour éviter les tiraillements dont l'enfant aurait pu être l'objet entre ses deux auteurs, et placer cet enfant sous une direction unique. Il fallait faire un

loc. cit.; Demolombe, VI, n. 629, 637; Arntz, I, n. 767; Leloir, *op. cit.*, I, n. 388; Beudant, II, n. 689; Planiol, I, n. 1649. — Cpr. Delvincourt, I, p. 98, note 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 562; Toullier, II, n. 1076; Duranton, III, n. 360; Demante, II, n. 128 *bis*, III, et 243 *bis*, I; Laurent, IV, n. 348.

choix entre le père et la mère. Lorsque ceux-ci ont reconnu en même temps leur enfant, le législateur a donné la préférence au père. C'est le père qui aura la garde de la personne de l'enfant, et qui dirigera son éducation; c'est à lui qu'appartiendra la jouissance des biens de son enfant; c'est également lui qui le représentera, en qualité de tuteur légal, dans les actes de la vie civile. La loi a donc appliqué, dans cette hypothèse, aux père et mère naturels, une règle analogue à celle qui a été édictée pour les enfants légitimes, en réservant toutefois aux tribunaux le pouvoir d'appréciation dont nous parlerons tout à l'heure. C'est en somme la solution généralement admise autrefois qui a été maintenue sur ce point par la loi nouvelle. Mais elle l'a écartée au contraire dans le cas où l'enfant a été reconnu par ses deux auteurs, non point par le même acte, mais successivement. C'est alors celui des père et mère qui, le premier, aura reconnu l'enfant, qui aura, sur la personne et sur les biens de celui-ci, l'exercice de la puissance paternelle. La mère sera donc préférée au père, si sa reconnaissance est antérieure en date. « Il n'a pas paru juste, nous dit M. Chastenet, dans son rapport à la chambre des députés, de dépouiller de la puissance paternelle la mère qui avait la première rempli ses devoirs lorsque le père n'avait reconnu l'enfant qu'après elle ». Cette solution nous paraît, en effet, tout à fait équitable. La direction morale de l'enfant et la gestion de ses intérêts pécuniaires, avec le droit de jouissance légale, doivent être attribuées à celui des deux auteurs qui, par l'empressement qu'il a mis à reconnaître son enfant, a témoigné de l'affection qu'il éprouve pour celui-ci, et du souci qu'il a des devoirs dont il est tenu envers lui; c'est à lui que, toutes choses égales d'ailleurs, doit être attribué l'exercice de la puissance paternelle.

226 *quinquies*. III. Quelques droits que puisse avoir le père ou la mère à exercer sur son enfant la puissance paternelle, de préférence à l'autre auteur, le législateur n'a pas cependant perdu de vue les droits supérieurs de l'enfant. La puissance paternelle étant organisée surtout dans l'intérêt de celui-ci, il importe essentiellement que l'exercice en appartienne à celui des deux auteurs qui, en fait, en est le

plus digne et qui est le plus apte à en remplir les devoirs. La situation de l'enfant naturel reconnu par son père et sa mère est, nous l'avons fait remarquer, tout à fait semblable à celle de l'enfant légitime dont les père et mère sont divorcés. Aussi, appliquant par analogie la règle édictée par l'art. 302, la loi nouvelle a-t-elle conféré aux tribunaux un pouvoir d'appréciation dont ils feront usage en prenant pour guide l'intérêt de l'enfant. Si l'intérêt de l'enfant lui paraît l'exiger, le tribunal de première instance pourra, nous dit l'art. 383, al. 2, confier l'exercice de la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi. Le tribunal possède sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation. Sans doute, le père ou la mère qui se trouvera lésé dans ses intérêts moraux ou pécuniaires par la décision du tribunal de première instance pourra se pourvoir devant la cour d'appel. Mais l'arrêt de la cour d'appel, statuant uniquement sur une question de fait, ne pourra pas être déféré à la cour de cassation.

C'est l'exercice de la puissance paternelle, avec toutes ses conséquences légales, que les tribunaux sont autorisés à conférer à celui des auteurs qui n'en était pas investi par la loi. L'auteur désigné par la justice aura donc non seulement la garde de la personne de l'enfant et le droit de correction, mais encore le droit de jouissance légale ; c'est lui qui sera, en qualité de tuteur, chargé d'administrer les biens de l'enfant et de le représenter dans les actes de la vie civile.

226 *sexties*. Le tribunal peut-il enlever la garde de l'enfant au père ou à la mère, pour la confier à un tiers? Si l'enfant naturel n'a été reconnu que par un seul de ses auteurs, nous ne pensons pas que ce pouvoir appartienne aux tribunaux. La loi du 24 juillet 1889 leur a enlevé, nous le croyons du moins, le pouvoir de contrôle qui leur était autrefois reconnu sur l'exercice de la puissance paternelle et ils ne peuvent toucher à cette autorité que dans les cas et dans la mesure déterminés par la loi (L. 24 juil. 1889 et 19 avril 1898). Or la puissance paternelle du père ou de la mère naturelle est soumise aux mêmes règles que celle du père ou de la mère légitime. Et il est bien certain que lorsque l'un

des deux auteurs de l'enfant légitime est décédé, l'autre ne peut pas se voir enlever par une décision de justice la garde de son enfant.

Mais n'en est-il pas autrement dans le cas où la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux auteurs? La situation de l'enfant naturel est alors tout à fait comparable à celle d'un enfant légitime dont le père et la mère sont divorcés. Ne convient-il pas, dès lors, d'appliquer par analogie la disposition de l'art. 302, qui permet au tribunal de confier à une tierce personne la surveillance d'un enfant issu d'époux divorcés? Une pareille solution n'aurait rien de déraisonnable. Mais il est douteux cependant qu'elle doive être admise, étant donné les termes de l'art. 383, qui autorise simplement les tribunaux à décider lequel, du père ou de la mère, aura l'exercice de la puissance paternelle. — Si l'on admet l'application analogique de l'art. 302, il faut d'ailleurs reconnaître que la mission de surveillance confiée au tiers désigné par le tribunal n'a rien de commun avec la puissance paternelle, et que c'est toujours au père ou à la mère qu'appartiendra l'exercice de l'autorité paternelle, avec ses conséquences légales (droit de jouissance et tutelle légale).

226 *septies*. Quelle que soit la solution que l'on donne à la question qui précède, il nous paraît certain que la décision du tribunal relative à la garde de l'enfant et à l'exercice de la puissance paternelle ne comporte pas la sanction édictée par l'art. 357 al. 2 C. pén. (L. 5 déc. 1901).

Le père ou la mère qui refuserait de représenter l'enfant à celui qui a le droit de le réclamer n'encourt pas les peines portées par ce texte. Il s'agit en effet d'une disposition ayant un caractère pénal, et il est de principe que les lois de cette nature ne doivent pas être étendues. Or, l'art. 357 al. 2 C. pén. prévoit uniquement le cas où il a été statué sur la garde d'un mineur au cours ou à la suite d'une instance de séparation de corps ou de divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, et nous ne sommes en présence d'aucune de ces hypothèses. L'exécution de la décision de justice ne peut donc être assurée que par la sanction civile des dommages-intérêts ou des astreintes.

226 *octies*. La décision judiciaire relative à la garde de l'enfant et à l'exercice de la puissance paternelle a, comme celle qui est prise en vertu de l'art. 302, un caractère essentiellement provisoire. Elle peut donc être modifiée si l'intérêt de l'enfant l'exige. Et elle cessera de produire ses effets, lorsque l'un des auteurs viendra à décéder. L'auteur survivant pourra alors réclamer son enfant [1].

226 *nonies*. Par qui le tribunal peut-il être saisi ? Dans le silence de la loi, cette question doit être résolue à l'aide des principes généraux.

Celui des père et mère qui n'est pas désigné par la loi pour exercer la puissance paternelle, ou auquel l'exercice de cette puissance a été enlevé par une décision de justice antérieure, peut incontestablement demander au tribunal de le lui conférer.

D'autre part, la situation de l'enfant naturel reconnu par ses deux auteurs étant analogue à celle de l'enfant légitime dont les père et mère sont divorcés, nous déciderons encore que le tribunal peut être saisi par le ministère public.

Il peut même statuer d'office sur l'attribution de la puissance paternelle et par conséquent de la tutelle. Si on lui reconnaît ce pouvoir dans le cas prévu par l'art. 302, à plus forte raison en est-il de même en ce qui concerne l'enfant naturel, à l'égard duquel le tribunal joue le rôle de conseil de famille (art. 389 nouveau).

A l'appui des diverses solutions que nous venons de donner, on peut d'ailleurs tirer argument de l'art. 389 nouveau. Ce texte dispose que le tribunal peut statuer sur l'organisation de la tutelle, sur la demande de l'un des auteurs, sur la réquisition du ministère public, ou même d'office. Or la fonction de tuteur appartient à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle.

L'enfant naturel est nécessairement en tutelle. Il a par conséquent, ou il doit avoir, un subrogé-tuteur. Celui-ci a-t-il qualité pour provoquer la décision de la justice ? La question ne laisse pas que d'être délicate. Nous verrons en effet (*infra*,

[1] Cpr. sur tous ces points, le *Traité du divorce*, n. 267 s.

n. 250) que le subrogé-tuteur d'un enfant ne peut pas intenter contre le père ou la mère de celui-ci l'action en déchéance de la puissance paternelle. D'autre part, la loi lui confère la mission de provoquer la destitution du tuteur (art. 446 et 448). Mais il ne s'agit pas simplement ici de la destitution de la tutelle ; le père ou la mère ne sera privé de la tutelle que par voie de conséquence et parce que l'exercice de la puissance paternelle lui aura été enlevé. D'un autre côté, il ne s'agit pas non plus de prononcer contre l'auteur de l'enfant la déchéance de la puissance paternelle ; il sera seulement privé de l'exercice de la puissance paternelle, mais il en conservera la jouissance. Peut-être la solution la plus sûre consisterait-elle à refuser au subrogé-tuteur le droit de saisir le tribunal. Le subrogé-tuteur n'est investi par la loi que d'attributions limitées, et un texte nous paraîtrait nécessaire pour lui conférer ce pouvoir. On pourrait être tenté de lui reconnaître ce pouvoir en se fondant sur la disposition de l'art. 420 du code civil, qui charge le subrogé-tuteur d'agir pour les intérêts du pupille, lorsque ceux-ci sont en opposition avec ceux de son tuteur. En effet l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit placé sous une autre direction. Le père ou la mère a au contraire un intérêt moral et même pécuniaire à conserver l'exercice de la puissance paternelle, avec la tutelle et le droit de jouissance légale. Mais l'art. 420 ne doit pas être interprété en ce sens. Il suppose un acte juridique ou un procès dans lequel le tuteur et le pupille ont des intérêts opposés. Dans notre hypothèse, ce conflit d'intérêts n'existe pas. L'enfant ne recouvrera pas la jouissance de ses biens, si l'exercice de la puissance paternelle est enlevé par la justice à celui de ses auteurs qui en est actuellement investi, pour être conféré à l'autre.

CHAPITRE IV

DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE « STRICTO SENSU » ET DE LA DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE « LATO SENSU ».

227. La puissance paternelle *stricto sensu,* avons-nous dit, est cet ensemble de droits qui appartiennent seulement au père et à la mère, et qui ne peuvent survivre à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. Ils s'éteignent naturellement par la mort du père ou de la mère, et par le décès de l'enfant. La puissance paternelle *stricto sensu* peut également cesser par la déchéance de la puissance paternelle ; c'est là un mode d'extinction qui lui est commun avec ce que nous avons appelé la puissance paternelle *lato sensu.*

Nous diviserons ce chapitre en trois sections. Dans la première, nous exposerons l'état de la législation et de la jurisprudence antérieurement à la loi du 24 juillet 1889. La seconde sera consacrée à l'étude et au commentaire de cette loi. La loi du 19 avril 1898 sur la répression des attentats dont les enfants sont victimes fera l'objet de la troisième.

SECTION PREMIÈRE

PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA LOI DU 24 JUILLET 1889

228. Le code civil ne contient aucune disposition relative à la déchéance de la puissance paternelle.

Cette lacune regrettable de notre loi n'avait été qu'imparfaitement comblée par le code pénal, dont les art. 334 et 335, al. 2, prononçaient la déchéance de la puissance paternelle contre le père ou la mère coupable d'avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption *de son propre enfant,* âgé de moins de 21 ans. Cette déchéance avait lieu de plein droit, par le seul effet de la condamnation. Il résultait d'ailleurs des termes de l'art. 335, al. 2, que le père ou la mère, coupable du délit prévu par l'art. 334, était privé simplement de ses droits de puissance paternelle

sur l'enfant victime du délit, et les conservait intacts sur ses autres enfants [1]. D'autre part, l'art. 335, al. 2, ne déclarait le père ou la mère déchu que des droits à lui accordés sur la personne et sur les biens de son enfant par le code civil, au titre *De la puissance paternelle*. La déchéance ne concernait par conséquent que les droits de garde et d'éducation, le droit de correction et le droit de jouissance légale, seuls attributs de la puissance paternelle qui soient réglementés par le titre *De la puissance paternelle*, et le père ou la mère déchu conservait, non seulement les droits dérivant de ce que nous avons appelé la puissance paternelle *lato sensu*, mais encore les pouvoirs découlant de la puissance paternelle *stricto sensu* qui lui sont conférés par des textes de loi non compris dans le titre *De la puissance paternelle* (tels sont notamment l'administration légale (art. 389), et le droit d'émanciper l'enfant (art. 477) [2]). Du principe d'interprétation restrictive qui dominait la matière résultait encore cette conséquence que les ascendants, autres que les père et mère, condamnés pour le délit de l'art. 334, n'étaient point déchus des droits attachés à leur qualité. Enfin, la déchéance n'était encourue que par celui des deux auteurs qui avait été condamné. L'autre auteur conservait tous ses droits de puissance paternelle. Par exemple, si la déchéance atteignait le père, la mère prenait, à sa place, l'exercice de la puissance paternelle. Sans doute il était à craindre que le père, grâce à l'autorité qu'il conservait sur sa femme, n'exerçât en fait la puissance paternelle dont il était légalement privé. Mais c'était là un danger que le législateur n'avait pas prévu. D'ailleurs, le pouvoir de contrôle qui était reconnu aux tribunaux permettait d'y parer dans une certaine mesure et fournissait le correctif exigé par l'intérêt des enfants. Une difficulté spéciale s'était élevée au sujet du droit de jouissance légale. La majorité des auteurs admettaient que, dans le cas de déchéance encourue par le père, et bien que la mère prît en mains l'exercice de la puissance paternelle, le droit de jouissance

[1] Telle était la solution très généralement admise. V. cep. Duranton, III, n. 384.

[2] Les auteurs étaient à peu près unanimes sur ce point. V. cependant Valette sur Proudhon, II, p. 351, note *a*; Demolombe, VI, n. 362.

légale n'appartenait pas à celle-ci. L'usufruit paternel, disaient-ils, cesse complètement tant que dure le mariage. Il ne revit que si le mariage est dissous par le décès du père [1].

L'art. 335 C. pén. s'appliquait non seulement aux pères et mères légitimes, mais aussi aux pères et mères naturels. Ce texte est en effet conçu en termes très généraux, ne comportant aucune distinction. Et d'autre part, les droits des pères et mères naturels sur la personne de leurs enfants sont déterminés au titre *De la puissance paternelle*, dont les dispositions sont visées par l'art. 335.

Le code pénal n'édictait aucune autre cause de déchéance. La dégradation civique (art. 34 C. pén.), l'interdiction civique (art. 42 C. pén.) n'entraînent pas la déchéance de la puissance paternelle.

Depuis la promulgation du code pénal, de nouveaux cas de déchéance de la puissance paternelle ont été créés par la loi du 7 déc. 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. Aux termes des art. 2 et 3 de cette loi, les pères et mères condamnés à raison des délits prévus par ces textes *peuvent être privés des droits de la puissance paternelle*. La déchéance de la puissance paternelle n'avait donc pas lieu de plein droit; elle était purement facultative pour les tribunaux, qui n'étaient pas tenus de la prononcer.

229. Comme on le voit, avant la loi du 24 juillet 1889, les dispositions de nos lois étaient singulièrement incomplètes. Aussi la jurisprudence et la doctrine s'étaient-elles efforcées d'en combler les lacunes. Les tribunaux se considéraient comme investis d'un pouvoir de contrôle relativement à l'exercice de la puissance paternelle [2].

Ce pouvoir de contrôle ainsi reconnu aux tribunaux, on le justifiait par sa nécessité même. Il était impossible, disait-on, de laisser les enfants sans protection aucune contre les abus d'autorité dont ils pouvaient être victimes de la part de

[1] Pour les détails de cette question, v. Demolombe, VI, n. 484.

[2] Sur ce pouvoir de contrôle v. de Loynes, note D., 90. 2. 25; Naquet, note S., 91. 2. 25; Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, 1891, p. 16 s.

leurs parents. Il fallait bien permettre aux magistrats d'intervenir pour réprimer et prévenir ces abus. La tradition était d'ailleurs en ce sens : dans l'ancien droit, ce pouvoir de surveillance des tribunaux était attesté par les auteurs et la jurisprudence des Parlements (1). Les travaux préparatoires du code civil pouvaient être également invoqués. Des observations échangées entre le Premier Consul, Tronchet, Malleville, Boulay et Regnier, dans la séance du Conseil d'Etat du 26 frimaire an X (2), il semble bien résulter que, sans vouloir le consacrer par un texte formel, les auteurs du code civil n'avaient pas eu l'intention d'exclure le contrôle des tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle. La puissance paternelle, telle que le code civil l'a organisée, ne comporte pas uniquement des droits pour les père et mère; elle est, par dessus tout, une institution tutélaire; il ne faut pas qu'elle dégénère en tyrannie et oppression. « Les magistrats, disait-on, chargés d'exécuter les lois suivant les vues du législateur, ont reçu virtuellement la mission de maintenir à la puissance paternelle son caractère » (3). Enfin, on argumentait de l'art. 444 C. civ., qui, d'après certains auteurs, devait être étendu à la puissance paternelle, *utilitatis causa*, avec cette différence toutefois que le contrôle devait être exercé, non par le conseil de famille, mais par le tribunal (4).

Jusqu'où s'étendait ce pouvoir de contrôle reconnu aux tribunaux? Certains auteurs lui donnaient une extension considérable. Ils permettaient aux tribunaux de retirer au père ou à la mère tous les droits dérivant de la puissance paternelle, et lorsque la puissance paternelle était ainsi enlevée au père pendant le mariage, ils décidaient qu'il fallait organiser la tutelle, dont la mère devait être écartée (5). Cette solution radicale était très généralement repoussée. Les tribunaux, disait-on, ne peuvent pas retirer au père et à la mère, en l'absence de texte qui les y autorise, les droits de puis-

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Education*, § 1; *Puissance paternelle*, sect. III, § 1.
(2) Locré, VII, p. 20-21.
(3) Demolombe, VI, n. 367; de Loynes, note D., *supra*.
(4) Demolombe, *loc. cit.*
(5) Vazeille, *Du mariage*, II, n. 431, 433.

sance paternelle qui leur sont reconnus par la loi. Le pouvoir de contrôle des magistrats a des limites. Il ne peut s'exercer que dans la mesure où cela est nécessaire pour empêcher les abus et les excès de l'autorité paternelle. Dans cette mesure, les tribunaux peuvent limiter l'exercice de la puissance paternelle, en enlevant au père ou à la mère, pendant un temps plus ou moins long, tel ou tel des attributs de la puissance paternelle, ou bien en en soumettant l'exercice à des conditions déterminées.

Le pouvoir de surveillance, ainsi délimité, s'exerçait notamment en ce qui concernait la garde et l'éducation de l'enfant. Lorsque l'enfant était victime de mauvais traitements qui mettaient sa vie en danger ou compromettaient sa santé, ou lorsqu'on le rendait témoin, au domicile paternel, de spectacles offensants pour ses mœurs, les tribunaux enlevaient au père ou à la mère la garde de l'enfant pour la confier à une autre personne, soit un ascendant, soit même un étranger (1). D'une manière générale, ils prenaient pour sauvegarder les intérêts des enfants toutes les mesures commandées par les circonstances. Ces mesures du reste étaient essentiellement provisoires et étaient toujours susceptibles d'être rapportées ou modifiées.

Dans le même ordre d'idées, la doctrine et la jurisprudence admettaient en général que les tribunaux pouvaient intervenir, lorsque le père ou la mère, investi de la puissance paternelle, s'opposait abusivement à ce que l'enfant eût des relations avec ses ascendants (2).

Le père ou la mère auquel une décision de justice avait enlevé la garde de son enfant n'était point pour cela privé

(1) V. sur ce point Demolombe, VI, n. 371. — Cass., 3 mars 1856, D., 56. 1. 290, S., 56. 1. 408. — Bordeaux (motifs), 13 juin 1860, D., 61. 2. 92. — Cass., 15 mars 1864, D., 64. 1. 301, S., 64. 1. 155. — Caen, 27 juil. 1875, D., 77. 1. 61. — Cass., 27 janv. 1879, S., 79. 1. 464, D., 79. 1. 223.

(2) Demolombe, VI, n. 395. — Cass., 18 juil. 1857, D., 57. 1. 273, S., 57. 1. 721. — Paris, 27 juin 1867, S., 68. 2. 70. — Bordeaux, 16 juil. 1867, S., 67. 2. 70. — Nancy, 28 mai 1868, S., 68. 2. 302. — Paris, 14 août 1869, S., 69. 2. 267. — Cass., 12 juil. 1870, D., 71. 1. 218, S., 71. 1. 28. — Cass., 26 juil. 1870, D., 71. 1. 217, S., 71. 1. 28. — Bourges, 8 déc. 1884, D., 86. 2. 78. — Lyon, 27 mars 1886, D., 87. 2. 155. — V. conclusions de M. l'avocat général Cruppi, sous Cass., 12 fév. 1894, D., 94. 1. 219.

du droit de surveiller l'éducation de celui-ci. On admettait même qu'en principe il conservait le droit de correction. Mais, bien entendu, les tribunaux pouvaient lui retirer le droit de correction en même temps que la garde; car, autrement, l'enfant aurait pu être victime de la vengeance du père, au moins dans le cas où celui-ci pouvait agir par voie d'autorité [1].

Les mêmes principes étaient appliqués à la faculté d'émanciper l'enfant [2].

Quant aux autres droits sur la personne qui ne découlent pas de la puissance paternelle *stricto sensu* et qui sont communs aux père et mère et aux autres ascendants, tels que l'autorité qu'ils exercent sur leurs enfants au point de vue du mariage, on admettait au contraire que les tribunaux ne pouvaient pas les leur enlever et s'interposer entre les enfants et leurs parents. Ces derniers sont en effet investis par la loi d'un pouvoir souverain en pareille matière.

Le pouvoir de contrôle des tribunaux s'exerçait non seulement sur les attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne des enfants, mais aussi sur ceux qui concernent leurs biens. Ainsi, lorsque le père s'acquittait mal de ses fonctions d'administrateur ou lorsqu'il manquait aux obligations spécialement imposées à l'usufruitier légal, on pouvait solliciter, dans l'intérêt de l'enfant, l'intervention de la justice, qui prenait les mesures commandées par les circonstances. Si la tutelle de l'enfant était déjà organisée, l'administration des biens grevés de l'usufruit paternel était retirée au père et confiée au tuteur. Si le mariage durait encore, les tribunaux nommaient un administrateur spécial. Dans les deux cas, la personne chargée d'administrer les biens de l'enfant remettait au père ou à la mère les revenus des biens dont il avait l'usufruit [3].

[1] Demolombe, VI, n. 404.

[2] Demolombe, VI, n. 405. — Trib. Seine, 6 mars 1862, S., 62. 2. 394. — Cass., 4 avril 1865, S., 65. 1. 257. — Rouen, 12 juin 1866, S., 67. 2. 47.

[3] Demolombe, VI, n. 424 s. et 601 s.; Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, texte et note 37. — Cass., 19 avril 1843, S., 43. 1. 385. — Cass., 20 juin 1843, S., 43. 1. 651. — Limoges, 28 fév. 1846, S., 46. 2. 355. — Montpellier (motifs), 25 août 1864, S., 64. 2. 225.

Tel était le système admis par la doctrine et la jurisprudence avant la loi du 24 juillet 1889. Il était appliqué non seulement aux enfants légitimes, mais aussi aux enfants naturels; et en ce qui concerne ces derniers, le pouvoir de contrôle des tribunaux devait être d'autant plus facilement reconnu que la loi s'était montrée sobre de détails sur la puissance paternelle des pères et mères illégitimes. On admettait notamment, comme nous l'avons vu, qu'il appartenait aux tribunaux de décider auquel des père et mère naturels devait être confiée la garde de l'enfant. De même, on décidait que l'éducation de l'enfant naturel pouvait faire l'objet d'arrangements privés, à l'exécution desquels les tribunaux devaient prêter la main dans une certaine mesure. Ces arrangements résultaient par exemple d'une convention entre le père et la mère, ou entre ceux-ci et un tiers, ou encore d'une clause contenue dans une donation ou dans un testament. Il ne faut du reste pas se méprendre sur le sens de cette proposition. Elle ne signifie pas que les arrangements de cette sorte étaient par eux-mêmes obligatoires; il s'agissait en effet d'une question d'ordre public au-dessus des conventions privées (art. 6 C. civ.). On voulait dire simplement que les tribunaux pouvaient et même devaient, dans une certaine mesure, faire exécuter ces clauses et conventions, si elles leur paraissaient conformes aux intérêts de l'enfant [1].

SECTION II

LA LOI DU 24 JUILLET 1889

230. Nous avons vu comment la doctrine et la jurisprudence avaient essayé de combler les lacunes de notre législation. Mais le système qu'elles avaient consacré ne fournissait, dans bien des cas, aux enfants maltraités ou moralement abandonnés qu'une protection insuffisante. Cela tenait à diverses causes qu'il est utile de mettre en lumière, si on veut comprendre les motifs qui ont déterminé l'intervention

[1] Demolombe, VI, n. 623; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 186 s.

du législateur et le but qu'ont visé les auteurs de la loi de 1889.

Tout d'abord, les tribunaux ne pouvaient pas agir d'office, en dehors des cas, très rares, que la loi avait expressément prévus ; il fallait que leur intervention fût demandée dans l'intérêt de l'enfant. Pour que celui-ci fût protégé, il fallait donc qu'il se trouvât des personnes disposées à saisir la justice des abus commis par les parents, même à accepter, le cas échéant, la garde de l'enfant. Or cela se rencontrait rarement, lorsqu'il s'agissait des enfants appartenant aux classes inférieures de la société, c'est-à-dire de ceux qui précisément avaient le plus besoin de protection (1).

En outre, l'Assistance publique et les établissements de charité privée ne pouvaient pas intervenir d'une manière efficace. L'Assistance publique ne s'occupait pas des enfants moralement abandonnés. Les sociétés privées de patronage ou de bienfaisance étaient à peu près désarmées. Lorsqu'elles avaient pris la charge d'un enfant, elles n'avaient pas la certitude de pouvoir mener à bonne fin la tâche qu'elles avaient entreprise. Les parents pouvaient toujours en effet réclamer leur enfant, et ils ne manquaient pas de le faire lorsque celui-ci, parvenu à un certain âge, pouvait être fructueusement employé ou exploité par eux (2).

Le législateur ne pouvait pas se désintéresser d'une pareille situation. Depuis longtemps son intervention était réclamée par les publicistes (3). En 1875, une proposition de loi fut présentée par M. Félix Voisin, au nom de la commission d'enquête nommée par l'Assemblée nationale pour étudier la réforme du système pénitentiaire ; aux termes de cette proposition, qui du reste ne fut pas discutée, le tribunal, sur la demande du procureur de la République, pouvait, dans certains cas déterminés, retirer aux père et mère la garde de leur enfant pour la confier à un tiers. La Société générale des prisons, dès sa fondation (1877), s'occupa de la question, et, sur son initiative, une proposition de loi fut déposée au

(1) Lelièvre, *op. cit.*, I, n. 19.
(2) Lelièvre, *op. et loc. cit.*
(3) V. notamment Chrestien de Poly, *Essai sur la puissance patern.*, Paris, 1820.

Sénat, le 27 janv. 1881, par MM. Th. Roussel, Bérenger, Dufaure, Fourichon, V. Schœlcher et Jules Simon. Cette proposition visait, d'une manière générale, les enfants maltraités et les enfants moralement ou matériellement abandonnés ; et elle les déclarait placés sous la protection de l'autorité publique (art. 1). Pour les enfants matériellement abandonnés, l'autorité administrative était chargée de prendre les mesures nécessaires (art. 4 à 7). On devait suivre une procédure toute différente pour les enfants maltraités et les enfants moralement abandonnés ; aux termes des art. 8 à 10, les tribunaux n'étaient pas autorisés à prononcer la déchéance des parents ; mais ils pouvaient priver ceux-ci du droit de garde jusqu'à la majorité ou l'émancipation de leurs enfants.

De son côté, le gouvernement n'était pas resté inactif. Un arrêté du garde des sceaux, en date du 29 décembre 1880, avait institué une commission extra-parlementaire « à l'effet » d'étudier les dispositions qui pourraient être proposées aux » chambres, relativement aux *cas de déchéance de la puis-* » *sance paternelle,* à raison d'indignité, ainsi qu'à la situation » légale des enfants indigents ou abandonnés ». On envisageait ainsi, comme on le voit, la possibilité de prononcer une véritable déchéance de la puissance paternelle. Les travaux de la commission aboutirent à la rédaction d'un projet de loi qui fut présenté au Sénat par M. Cazot, ministre de la justice, le 8 décembre 1881 (1). C'est ce projet qui, avec quelques modifications de détail, est devenu la loi du 24 juillet 1889.

La commission sénatoriale chargée d'examiner la proposition Roussel et le projet du gouvernement entreprit de préparer une législation d'ensemble sur la protection de l'enfance abandonnée ou coupable. Tel était le caractère de la loi présentée par elle au Sénat (2). Cette loi était divisée en cinq titres. Le premier s'occupait des mineurs abandonnés, délaissés ou maltraités et des mesures concernant la garde, l'éducation et

(1) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. de 1881, p. 865, *Ann.*, n. 67.

(2) Rapport de M. Th. Roussel au Sénat, le 25 juil. 1882, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ordinaire de 1882, p. 581, *Ann.*, n. 451. V. aussi proposit. Bérenger, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ordinaire de 1883, p. 827, *Ann.*, n. 232.

le patronage desdits mineurs. Dans le second, il était question de la protection des mineurs en cas d'incapacité des parents ou tuteurs de remplir leurs devoirs de surveillance et d'éducation. Le titre III avait pour objet la protection des mineurs au cas d'indignité des parents, la déchéance ou la suspension de la puissance paternelle et la réhabilitation des parents déchus. Le titre IV organisait la tutelle des mineurs abandonnés, délaissés ou maltraités. Enfin, le titre V prescrivait un ensemble de mesures d'ordre administratif et financier destinées à assurer l'exécution de la loi. — Voté en seconde lecture par le Sénat dans sa séance du 10 juillet 1883 (1), le projet fut ensuite arrêté à la chambre des députés. On reculait devant l'énormité des dépenses que l'application de la loi devait entraîner, dépenses sur lesquelles on n'avait que des renseignements approximatifs. Aussi, en présence de ces difficultés qui pouvaient retarder indéfiniment le vote de la loi, on se résolut à parer au plus pressé. Le projet fut scindé ; les dispositions les plus urgentes, c'est-à-dire celles qui tendaient à mettre fin aux abus les plus graves, en furent distraites pour être soumises seules au Parlement. Les autres devaient être reservées. En conséquence, le gouvernement saisit le Conseil d'Etat d'un projet de loi, qui reproduisait à peu près le premier projet présenté par lui. Ce projet était relatif à la déchéance et à la suspension de la puissance paternelle. La rédaction adoptée par le Conseil d'Etat sur le rapport de M. Courcelle-Seneuil (2), dans ses séances des 7 et 28 juin, et 19 juillet 1888, fut ensuite modifiée par le gouvernement, à la suite d'un avis du conseil supérieur de l'Assistance publique. Le 22 décembre 1888, le gouvernement déposait sur le bureau de la Chambre des députés un projet dont le but était défini par l'exposé des motifs dans les termes suivants : « Protéger les enfants contre les parents indignes en pro- « nonçant à l'égard de ces derniers la déchéance de la puis- « sance paternelle, procurer aux administrations publiques,

(1) V. *Journal offiel.*, avril, mai, juin et juillet 1883.

(2) V. le rapport de M. Courcelle-Seneuil, avec l'exposé des motifs du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch. des députés, sess. extraordinaire de 1889, p. 706 s., *Ann.*, n. 1387.

» aux associations de bienfaisance et aux personnes charita-
» bles le moyen légal de pourvoir efficacement et avec sécu-
» rité à l'éducation des enfants qu'elles recueillent, enfin
» régler la dévolution à l'Assistance publique de la puissance
» paternelle retirée aux parents ou délaissée par eux... ». Après une courte discussion [1], la loi fut votée successivement par les deux chambres, et promulguée le 24 juillet 1889. Elle a pour rubrique : « *Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* » [2].

230 *bis*. La loi du 24 juillet 1889 a été complétée par des dispositions législatives ou réglementaires tendant à organiser la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. La loi du 19 avril 1898, dont il est assez délicat de concilier les prescriptions avec celles de la loi de 1889, a permis aux magistrats d'enlever aux parents la garde de leurs enfants sans prononcer contre eux la déchéance de la puissance paternelle. La loi du 27 juin 1904, modifiée elle-même par celles des 22 avril 1905 et 18 décembre 1906, a abrogé les lois du 15 pluviôse an XIII et du 5 mai 1869, et réorganisé le service des enfants assistés. Le décret du 12 avril 1907 a prescrit un ensemble de mesures destinées à assurer la surveillance des enfants confiés à des particuliers ou à des associations de bienfaisance par application de la loi du 24 juillet 1889. Enfin, la loi du 5 décembre 1901, qui a ajouté un alinéa à l'art. 357 du code pénal, garantit par une sanction pénale l'exécution des décisions de justice relatives à la garde des enfants, prises en vertu des lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898.

231. Comme on le voit, ce sont des considérations d'ordre public qui ont dicté cette loi. Elle appartient donc à la catégorie des lois de police et de sûreté, et est applicable, à ce

[1] Rapport de M. Gerville-Réache, 12 janv. 1889, *Doc. parl.*, Ch. des députés, 1889, p. 1 s., *Ann.*, n. 3481. — Adoption par la Chambre des députés, en première lecture, le 18 mai, et en deuxième lecture, le 25 mai 1889. — Dépôt au Sénat du rapport de M. Roussel, 10 juillet 1889. — Adoption par le Sénat le 13 juil. 1889.

[2] Sur le droit comparé, v. *Bulletin de la société de législation comp.*, 1891-1892, XXI, sess. extraordinaire de 1889, — et les nombreux documents annexés au rapport de M. Th. Roussel, *Doc. parl.*, Sénat, 1883, p. 581 s.

titre, même aux étrangers résidant en France [1]. Cette solution doit être admise, soit que l'on range parmi les lois de police et de sûreté celles qui règlent l'organisation de la famille, soit même qu'on les rattache au statut personnel [2].

232. Le moyen de protection organisé par la loi nouvelle consiste à retirer la puissance paternelle aux parents qui s'en sont montrés indignes, pour en confier l'exercice à une autre personne.

La déchéance peut atteindre non seulement les père et mère [3], légitimes ou naturels [4], mais aussi les autres ascendants [5]. En le décidant ainsi, le législateur de 1889, comme nous l'avons fait remarquer, paraît reconnaître au profit des ascendants l'existence d'un droit de puissance paternelle, *lato sensu*. Les ascendants ont sur la personne de leurs descendants une certaine autorité, et la loi a eu raison de décider qu'ils en seront ou pourront être privés, s'ils s'en montrent indignes [6].

[1] Il suffit d'ailleurs que les enfants qu'il s'agit de protéger aient leur résidence sur le territoire français. Peu importe que les parents n'y résident pas. V. sur ce point, Aix, 8 mars 1897, D., 97. 2. 157, S., 99. 2. 57, et la note de M. Audinet.

[2] Aix, 8 mars 1897, *supra*. — Aix, 15 nov. 1897, D., 98. 2. 233, et la note de M. de Loynes, S., 99. 2. 57.

[3] Les père et mère sont expressément visés par les art. 1 et 2 de la loi. La mère peut être déchue de la puissance paternelle, non seulement lorsqu'elle exerce cette puissance à défaut du père, mais même aussi lorsqu'elle n'en a pas actuellement l'exercice et que la puissance paternelle est exercée par le père. Les textes ne font en effet aucune distinction, et cette solution est tout à fait conforme à l'esprit de la loi. Si la mère est indigne, l'intérêt des enfants exige que la puissance paternelle lui soit enlevée, sans attendre le moment où la mère sera appelée à l'exercer effectivement. Il y a d'ailleurs certains droits qui appartiennent actuellement à la mère et dont elle peut être dépouillée immédiatement : ce sont ceux qui découlent de ce que nous avons appelé la puissance paternelle *lato sensu*. Trib. de la Seine, 10 déc. 1895, D., 96. 2. 265.

[4] Les parents naturels ont sur leurs enfants la puissance paternelle et l'art. 383 nouveau (L. 2 juil. 1907) dispose que les règles qui gouvernent la puissance paternelle des père et mère légitimes seront appliquées aux père et mère naturels; ceux-ci pourront donc subir, comme les parents légitimes, la déchéance de la puissance paternelle. Bien entendu, pour qu'il puisse être question de déchéance, il faut que la filiation de l'enfant soit légalement constante. Cpr. sur ce point Trib. de Versailles, 17 mars 1892, D., 93. 2. 403, et la note de M. de Loynes.

[5] Les ascendants sont expressément visés par l'art. 1 de la loi : l'art. 2 ne parle que des père et mère, mais il est incontestable que les dispositions de ce texte doivent être appliquées aux ascendants (arg. art. 4, al. 2). — Cpr. Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle*, n. 52, texte et note 2.

[6] Les père, mère et ascendants sont-ils déchus de la puissance paternelle à rai-

§ I. *Des causes de déchéance de la puissance paternelle.*

233. La déchéance de la puissance paternelle a lieu, tantôt de plein droit, en vertu des seules dispositions de la loi (déchéance légale ou de plein droit), tantôt en vertu d'une décision du juge (déchéance judiciaire ou facultative).

N° 1. Causes de déchéance légale ou de plein droit.

234. Les cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit sont énumérés limitativement dans l'art. 1er de la loi, ainsi conçu : « *Les pères et mères et ascendants sont déchus* » *de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descen-* » *dants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits* » *qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux art. 108,* » *141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391,* » *397, 477 et 935 du Code civil, à l'article 3 du décret du* » *22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet* » *1872* (1) *: — 1° S'ils sont condamnés par application du* » *paragraphe 2 de l'art. 334 du Code pénal; — 2° S'ils sont* » *condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices* » *d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de* » *leurs enfants, soit comme coauteurs ou complices d'un crime* » *commis par un ou plusieurs de leurs enfants; — 3° S'ils* » *sont condamnés deux fois comme auteurs, coauteurs ou com-* » *plices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs* » *de leurs enfants; — 4° S'ils sont condamnés deux fois pour* » *excitation habituelle de mineurs à la débauche. — Cette* » *déchéance laisse subsister entre les ascendants déchus et l'en-* » *fant les obligations énoncées aux articles 205, 206 et 207* » *du Code civil* ».

Ce texte organise quatre causes de déchéance légale de la puissance paternelle.

son de condamnations prononcées avant la naissance de leurs enfants ou descendants? Sur cette question, v. *infra*, n. 269.

(1) Les art. 148 et 151 du code civil ont été modifiés par la loi du 21 juin 1907. Quant à la loi du 27 juillet 1872, elle avait été abrogée par la loi du 15 juillet 1889 (art. 94) ; les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1889 auraient dû en conséquence renvoyer à cette dernière loi, qui a été d'ailleurs abrogée par celle du 21 mars 1905.

235. Premier cas. « S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 de l'art. 334 du code pénal ». L'art. 334 du code pénal a été modifié par la loi du 3 avril 1903 (1). Le nouveau texte prévoit et punit un certain nombre de délits qui n'étaient pas visés par le texte ancien. Or l'alinéa 6 nouveau, qui correspond à l'ancien alinéa 2, se réfère au cas où l'un de ces délits est commis par le père, la mère, le tuteur de la victime, ou par l'une des personnes énumérées en l'art. 333 : ascendants de la personne sur laquelle aura été commis l'attentat; individu ayant autorité sur elle; instituteurs ou serviteurs à gages de la victime; serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées; fonctionnaires; ministres d'un culte. Du renvoi que fait la loi de 1889 à l'art. 334 al. 2 (aujourd'hui al. 6), on pourrait peut-être conclure que désormais le père, la mère ou l'ascendant sera de plein droit déchu de la puissance paternelle, lorsqu'il sera condamné dans les conditions indiquées par ce texte; peu importe que la condamnation ait été

(1) Voici le texte nouveau de l'art. 334 C. pénal :

Art. 334. « *Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de cinquante francs à cinq mille francs :*

1° « *Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans* » ;

Cet alinéa est la reproduction partielle du 1° de l'art. 334 ancien. Puis suivent trois alinéas introduits par la loi du 3 avril 1903.

2° « *Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure en vue de la débauche* » ;

3° « *Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura par fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou une fille majeure en vue de la débauche* » ;

4° « *Quiconque aura, par les mêmes moyens, retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte à se livrer à la prostitution* ».

Le paragraphe 2 de l'art. 334 C. pén., auquel renvoie la loi du 24 juillet 1889, est modifié ainsi qu'il suit :

« Si les délits ci-dessus *ont été excités, favorisés ou facilités par les père, mère, tuteur ou* PAR LES AUTRES PERSONNES ÉNUMÉRÉES EN L'ART. 333, *la peine d'emprisonnement sera de trois à cinq ans* ».

Enfin un dernier alinéa est ajouté à l'art. 334.

« *Ces peines seront prononcées alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents* ».

prononcée à raison de l'un des délits prévus par le texte ancien, ou de l'un de ceux qui sont punis par la loi nouvelle : *peu importe aussi que la victime soit ou ne soit pas l'enfant ou descendant du coupable;* il suffirait que celui-ci appartînt à l'une des catégories de personnes énumérées à l'art. 333 pour que la déchéance lui fût de plein droit infligée. Ainsi le fonctionnaire condamné en vertu de l'art. 334 serait déchu de plein droit de la puissance paternelle, même si la victime n'est pas son descendant; bien plus, la déchéance l'atteindrait, alors même qu'il n'aurait actuellement ni enfants, ni descendants. Ce serait une déchéance virtuelle qui produirait ses effets dans l'avenir (*infra*, n. 269). — Mais il faut bien reconnaître cependant que les auteurs de la loi de 1903 ne paraissent pas avoir aperçu la répercussion que cette loi pourrait exercer sur celle de 1889 [1], de sorte que la solution indiquée ci-dessus est fort contestable. On pourrait soutenir que, pour savoir dans quels cas la déchéance de la puissance paternelle est de plein droit encourue en vertu de l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1889, il faut se référer purement et simplement à l'ancien art. 334 du code pénal, al. 2 [2].

Dans cette loi de 1903, il y a encore une autre singularité. L'art. 335 al. 2 du code pénal a été abrogé implicitement par la loi du 24 juillet 1889, dont les dispositions sont plus compréhensives que les siennes. D'après l'art. 335 al. 2 du code pénal, la déchéance ne peut atteindre que le père ou la mère, elle ne s'applique qu'à l'enfant prostitué ou corrompu et ne comprend que les attributs de la puissance paternelle énumérés dans le titre *De la puissance paternelle,* tandis que, d'après l'art. 1-1° de la loi de 1889, combiné avec l'art. 334

[1] Nous n'avons trouvé aucune indication en ce sens dans l'exposé des motifs du projet présenté au Sénat le 7 nov. 1902 (*Doc. parlem.*, Sénat, sess. extraord., 1902, p. 508, *Annexe*, n. 325). Le projet fut voté sans discussion au Sénat, dans sa séance du 13 fév. 1903; le ministre de la justice se borna à exprimer ses réserves au sujet de l'art. 335. Dans la discussion qui eut lieu à la séance du 20 fév. 1903, où le projet fut adopté par le Sénat en deuxième délibération, on n'aborda pas non plus notre question. Le projet fut voté sans discussion par la Chambre des députés, dans sa séance du 24 mars 1903. Le rapport déposé par M. Colin, dans la séance du 18 mars 1903, est muet sur la question (*Doc. parlem.*, Ch. des députés, sess. ordin. de 1903, p. 293, *Ann.*, n. 823).

[2] Cpr. Matter, *Lois nouvelles*, 1903, p. 297.

ancien du code pénal, la déchéance peut atteindre tous les ascendants, elle peut les frapper même quand la victime n'est pas leur descendant (par exemple quand elle est leur pupille), elle s'applique à tous les enfants ou petits-enfants du père ou de la mère ou de l'ascendant indigne et comprend tous les attributs de la puissance paternelle. Il est singulier, dès lors, que cet alinéa 2 ait été purement et simplement maintenu par la loi du 3 avril 1903. On ne peut pourtant guère admettre que le nouveau législateur ait eu l'intention de revenir sur ce point aux règles en vigueur avant la loi de 1889. D'autre part, est-il possible de concilier les dispositions de la loi de 1903 avec celles de la loi de 1889, en décidant que l'art. 335 al. 2 est remis en vigueur pour les délits nouveaux créés par la loi de 1903 ? Ce serait un système bien étrange. En réalité, il y a là une inadvertance de la part du législateur.

236. Deuxième cas. Il est indiqué par l'art. 1-4° : « S'ils sont condamnés *deux fois* pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ». Il faut supposer, bien entendu, que l'auteur du délit ne tombe pas sous le coup des dispositions qui précèdent. Dans ce cas, pour que le père, la mère ou l'ascendant encoure de plein droit la déchéance de la puissance paternelle, il faut qu'il ait été déjà condamné une première fois à raison du même fait.

237. Troisième cas (art. 1-2°). « S'ils sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices *d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants,* soit comme coauteurs ou complices *d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants* ». Une condamnation pour l'un des crimes dont parle l'art. 1-2° suffit pour faire encourir la déchéance de la puissance paternelle. Il importerait peu que, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, le coupable n'eût été condamné qu'à des peines correctionnelles. La loi dit : condamnation *pour crime* et non condamnation *à une peine criminelle*. Il en serait autrement si l'ascendant, ayant été poursuivi pour crime, se trouvait condamné à raison d'un simple délit, le juge ayant écarté une circonstance aggravante nécessaire pour qu'il y eût crime.

238. Quatrième cas. Art. 1-3° : « S'ils sont condamnés *deux fois* comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un *délit commis sur la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants* ». Dans cette hypothèse, une double condamnation est nécessaire pour entraîner la déchéance. La loi ne parle que des délits commis par le père, la mère ou l'ascendant sur la personne de son enfant ou descendant. Il n'est pas question des délits commis en participation avec l'enfant.

239. Sur les divers cas prévus par l'art. 1er, nous présenterons les observations suivantes :

1° Pour que la déchéance soit encourue, il faut que le fait qui a motivé la condamnation ait été accompli depuis la mise en vigueur de la loi du 24 juillet 1889. Il ne suffirait pas que la condamnation eût été prononcée sous l'empire de cette loi. Ce serait faire rétroagir la loi que de l'appliquer à un fait accompli avant sa publication (1).

2° Dans toutes les hypothèses visées par notre texte, la déchéance est attachée à une condamnation. Elle est encourue de plein droit, par le seul fait de la condamnation devenue irrévocable, sans qu'il soit nécessaire que le juge prononce expressément cette déchéance (2). Cette solution a été cependant contestée. On a prétendu que la déchéance n'est encourue que lorsqu'elle est prononcée par le juge. Entre la déchéance obligatoire et la déchéance facultative, la différence serait la suivante : Le tribunal peut s'abstenir de prononcer la déchéance facultative, lorsqu'elle est demandée ; il est tenu de prononcer la déchéance obligatoire, quand il en est requis ; mais encore faut-il que celle-ci soit demandée ; d'où il résulte que le condamné ne subit pas la déchéance, si l'action qui tend à la faire prononcer n'est pas intentée par les personnes que la loi désigne à cet effet. Mais cette opinion est insoutenable, étant donné la disposition si formelle de l'art. 1 : sont déchus *de plein droit,* dit la loi. L'art. 3, il est vrai, parle en termes généraux de l'action en déchéance ; mais il se rapporte seulement aux cas de déchéance facultative prévus par

(1) Cpr. Grenoble, 13 juil. 1892 (sol. impl.), D., 93. 2. 267, S., 93. 2. 92.

(2) Nillus, *op. cit.*, n. 56. — Cass., 21 sept. 1893, S., 94. 1. 300. — Cpr. Charmont, *La loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, 1891, p. 511, note 2.

l'art. 2. Enfin la disposition de l'art. 9 est tout à fait significative.

N° 2. Causes de déchéance facultative ou judiciaire.

240. L'art. 2 énumère, limitativement aussi, les cas dans lesquels la déchéance de la puissance paternelle n'est pas encourue de plein droit, mais peut être prononcée par les tribunaux. « *Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits* », dit le début du texte. Il résulte de l'art. 2 que la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée à raison des sept causes qui suivent :

241. Premier cas. Art. 2-1° : « *Les père et mère* (ajoutez : « *et ascendants*) *condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion, comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 du Code pénal* » (1).

242. Deuxième cas. Art. 2-2° : « *Les père et mère condamnés deux fois pour un des faits suivants : séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage* ». Les infractions dont il s'agit constituent, suivant les cas, des crimes ou des délits. Ainsi s'explique l'expression « faits » dont le législateur s'est servi. L'emploi de cette expression très large s'imposait d'autant plus qu'il est nécessaire de concilier et combiner les dispositions de notre texte avec celles de l'art. 2-1° et de l'art. 1-2° (2).

(1) Les art. 86 à 101 C. pén. prévoient les crimes contre la sûreté intérieure de l'État.

(2) Ainsi la suppression d'enfant est un crime lorsque l'enfant a vécu, et un simple délit, lorsqu'il n'a pas vécu (art. 345 C. pén.). Dès lors, il y aurait lieu, à notre avis, de faire les distinctions suivantes. A. *La suppression d'enfant constitue un crime.* Si le coupable est le père ou la mère de l'enfant dont l'état a été supprimé, il encourt la déchéance de plein droit en vertu de l'art. 1-2°, même si, en fait, il n'a été puni que d'une peine correctionnelle, par suite de l'admission de circonstances atténuantes. Car il s'agit d'un crime commis sur la personne de l'enfant. Si la victime n'est pas l'enfant du coupable, l'art. 1 est hors de cause ; il faudra appliquer l'art. 2-1°, si la peine prononcée est celle de la réclusion ; et l'art. 2-2°, si le coupable n'a été condamné qu'à une peine correctionnelle. Dans ce dernier cas, la déchéance n'est pas attachée à une seule condamnation ; il faudra une seconde condamnation pour *un des faits prévus par ce texte,* pour que les juges puissent prononcer la déchéance. B. *La suppression d'enfant constitue un délit.* Ici encore nous distinguerons. L'enfant dont l'état a été supprimé est-il

243. Troisième cas. Art. 2-3° : « *Les père et mère condam-* » *nés par application de l'art. 2, paragraphe 2, de la loi du* » *23 janvier 1873...* ». Ce texte vise les personnes qui, *en moins d'un an,* ont été condamnées *deux fois, en police correctionnelle,* pour ivresse publique.

244. Quatrième cas. Art. 2-3°, suite : « *ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874* » (1). Ici une condamnation suffit pour que les tribunaux soient autorisés à prononcer la déchéance de la puissance paternelle.

245. Cinquième cas. Art. 2-4° : « *Les père et mère condam-* » *nés une première fois pour excitation habituelle de mineurs* » *à la débauche* ». Ce texte appelle une double observation : 1° Il faut supposer que le délit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche n'a pas été commis dans les conditions de l'art. 334 al. 6 (ancien al. 2) du code pénal. Car autrement, la déchéance aurait lieu de plein droit, par application de l'art. 1-1° de notre loi ; 2° Si, à la suite de la première condamnation, la déchéance judiciaire n'a pas été infligée au coupable, la déchéance se produira *ipso jure* dans le cas où une seconde condamnation serait prononcée à raison des mêmes faits (art. 1-4°).

246. Sixième cas. Art. 2-5° : « *Les père et mère dont les* » *enfants ont été conduits dans une maison de correction par* » *application de l'art. 66 du Code pénal* » (2).

247. Septième cas. Art. 2-6° : « *En dehors de toute con-*

l'enfant du coupable ; il faut appliquer l'art. 1-3°, c'est-à-dire que si l'auteur de l'infraction est ensuite condamné, ou l'a été précédemment, pour *un délit quelconque* commis sur la personne d'un de ses enfants, il sera déchu *de plein droit* de la puissance paternelle. Est-ce un enfant étranger : il y a lieu alors d'en revenir à l'art. 2-2°. On voit par là que la disposition de l'art. 2-2° peut s'appliquer soit à un délit, soit à un crime de suppression d'état. Ainsi s'explique le terme que nous avons relevé dans ce texte. — Cpr. sur ces divers points Cass., 8 mars 1890, D., 90. 1. 233 et la note de M. de Loynes, S., 91. 1. 281 et la note de M. Bourcart ; Nillus, *op. cit.*, n. 65 et 71 ; Charmont, *op. cit.*, p. 507.

(1) La loi du 19 avril 1898 a modifié l'art. 2 de la loi du 7 décembre 1874 et en a étendu les dispositions à tous ceux qui ont autorité sur l'enfant ou qui en ont la garde. Au sujet de cette loi se pose une question analogue à celle que nous avons examinée en ce qui touche la loi du 3 avril 1903.

(2) L'art. 66 du code pénal a été modifié par la loi du 12 avril 1906, qui a fixé à dix-huit ans l'âge de la majorité pénale.

« *damnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants* ». Cette cause de déchéance est de beaucoup la plus intéressante ; on peut dire que c'est la cause primordiale dont toutes les autres découlent. Par la formule si large et si compréhensive qu'elle emploie, la loi investit les tribunaux d'un pouvoir d'appréciation nécessairement très étendu. Ce pouvoir n'est pas cependant sans limites, car, il ne faut pas l'oublier, les auteurs de la loi de 1889 ont voulu faire cesser l'arbitraire qui autrefois régnait en cette matière. Les tribunaux ne peuvent pas, comme ils le faisaient autrefois, se borner à réglementer l'exercice de la puissance paternelle ; ils doivent, ou prononcer la déchéance totale, ou laisser subsister intacts les droits de la puissance paternelle (1). D'autre part, ils ne peuvent intervenir que dans les cas déterminés limitativement par la loi.

C'est ainsi que la déchéance peut être prononcée contre les père et mère qui, par leur ivrognerie *habituelle,* leur inconduite *notoire et scandaleuse,* compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. Il faut que l'ivrognerie soit habituelle, que l'inconduite soit notoire et scandaleuse. Il ne suffit donc pas que les père et mère aient une vie irrégulière (2).

L'expression *mauvais traitements* comprend certainement les actes de brutalité accomplis sur la personne de l'enfant. Il faut d'ailleurs que ces actes aient un caractère de gravité particulière et que, comme le dit l'art. 2-6°, dans sa partie finale, ils soient de nature à compromettre la santé ou la sécurité de l'enfant. Si les voies de fait auxquelles les parents se sont livrés n'excèdent pas les limites du pouvoir de correction domestique, la déchéance ne devra pas être prononcée. Il y a là une appréciation très délicate à faire par les tribu-

(1) Nous faisons toi abstraction, comme nous le ferons dans toute cette étude de la loi de 1889, des dispositions de la loi du 19 avril 1898.

(2) V. notamment Paris, 8 août 1893, D., 94. 2. 101. — Aix, 8 mars 1897, D., 97. 2. 157. — Alger, 1er juil. 1903, D., 05. 2. 99.

naux [1]. La loi n'exige pas que les mauvais traitements infligés à l'enfant tombent sous le coup de la loi pénale (en dehors de toute condamnation, dit le texte). Il n'est même pas nécessaire que le père soit responsable de ses actes. Il pourrait être déclaré déchu, même si, à raison de son état mental, il ne peut pas se rendre compte de la portée de ses actes. La loi ne distingue pas; il suffit que l'enfant soit en butte à de mauvais traitements de nature à compromettre sa santé ou sa sécurité [2]. Mais, la déchéance de la puissance paternelle étant un remède extrême, les tribunaux, dans ce dernier cas, ne devraient y recourir que s'il n'y a pas d'autre moyen de protéger les enfants.

Faut-il aller plus loin encore, et la déchéance de la puissance paternelle peut-elle être prononcée dans le cas où le père néglige gravement ses devoirs, sans se livrer à des voies de fait caractérisées? Par exemple, le père abandonne ses enfants; il ne s'occupe pas de leur éducation; il ne pourvoit pas à leurs besoins et les laisse manquer des choses nécessaires à la vie. M. de Loynes s'est prononcé en faveur de l'affirmative dans une note sous Agen, 6 nov. 1889, D., 90. 2. 25 [3] : « Ce texte nouveau, dit-il (art. 2-6°), nous paraît » comporter une interprétation assez large et confère aux » tribunaux des pouvoirs très étendus. A notre avis, la dé- » chéance de la puissance paternelle peut être prononcée non » seulement lorsque l'enfant est victime de coups et blessu- » res, mais encore lorsque le père le laisse manquer des » choses nécessaires à la vie. L'enfant peut être maltraité, » du moment où il n'est pas traité comme il devrait l'être, du » moment où il ne reçoit pas les soins que réclame sa santé » et que la fortune de ses parents permettrait de lui donner. » La limite entre l'abus réprimé et la négligence tolérée est » difficile à préciser; la prudence du juge saura la déterminer » dans chaque espèce en tenant compte des circonstances ».

(1) V. sur ce point Trib. de Rennes, 18 sept. 1891, D., 94. 2. 393. — Pau, 25 mars 1899, D., 01. 2. 430.

(2) Trib. de la Seine, 19 avril 1901, D., 01. 2. 412.

(3) V. aussi note de M. de Loynes, sous Trib. de Rennes, 18 sept. 1891, D., 94. 2. 393; Nillus, *op. cit.*, n. 88; Planiol, I, n. 1738, note.

Nous aurions un léger doute sur l'exactitude de cette interprétation, surtout appliquée à une loi qui a, dans une certaine mesure, un caractère pénal. L'art. 2 parle de mauvais traitements. Il faut, semble-t-il, prendre cette expression dans son acception ordinaire et courante. Elle paraît se rapporter à des actes de violence positifs; l'appliquer à des négligences, même très graves, n'est-ce pas forcer le sens des mots? On peut bien dire du père qui laisse manquer son fils des choses nécessaires à la vie qu'il ne le traite pas bien ou même qu'il le traite mal, mais non qu'il le *maltraite*. D'autre part, la loi de 1889 a été édictée dans le but de mettre fin au pouvoir arbitraire d'appréciation et de contrôle que les tribunaux s'étaient antérieurement arrogé. N'est-il pas à craindre qu'en interprétant le texte trop largement on ne fasse renaître les abus auxquels le législateur a entendu mettre un terme? On verrait les tribunaux scruter la conduite du père de famille, critiquer l'éducation qu'il donne à ses enfants, se substituer à lui dans l'exercice de la puissance paternelle. Est-ce là ce qu'ont voulu les auteurs de la loi de 1889?

On peut, il est vrai, considérer nos scrupules comme un peu excessifs. Pour avoir un certain caractère pénal, la loi de 1889 n'est pas seulement une loi pénale, et dès lors, le juge a, pour l'interpréter, une certaine latitude. Il peut tenir compte moins du sens littéral des mots que de l'intention du législateur. Or la loi de 1889 est une partie d'une loi plus générale relative à la protection de l'enfance. Comme le dit l'exposé des motifs, comme l'indique l'intitulé même de la loi, elle tend à protéger les enfants contre leurs parents indignes. Or les enfants qui sont abandonnés à eux-mêmes n'ont-ils pas besoin de protection? Les derniers mots de l'art. 2-6° ne corrigent-ils pas d'ailleurs ce que l'expression « mauvais traitements » peut avoir de trop restrictif? Par mauvais traitements ne peut-on pas entendre des traitements tels que la santé ou la moralité de l'enfant est exposée à en souffrir? Bien entendu, si on admet cette interprétation large de la loi, il convient de recommander aux juges la plus grande réserve. Il ne suffit pas que le père élève mal son enfant, pour que

les tribunaux soient autorisés à prononcer contre lui la déchéance de la puissance paternelle. Il faut qu'il ne l'élève pas du tout, qu'il ne s'occupe pas de lui. Il faut qu'il n'exerce pas les pouvoirs dont la loi l'a investi, qu'il abdique son autorité et se comporte envers son enfant comme le ferait un étranger. Lorsque l'enfant est ainsi abandonné à lui-même, les tribunaux pourront intervenir pour retirer au père cette autorité dont il ne veut pas faire usage. Va-t-on attendre, dit M. de Loynes [1], que l'enfant soit mort de faim ou de maladie, ou qu'il soit conduit dans une maison de correction? Evidemment cela serait tout à fait contraire au but de la loi. La jurisprudence n'a pas hésité à entrer dans cette voie [2].

248. Telles sont les causes de déchéance de la puissance paternelle, soit légale, soit judiciaire. On ne peut en admettre d'autres. Ainsi la destitution de la tutelle n'entraîne pas la déchéance de la puissance paternelle [3].

§ II. *De l'action en déchéance.*

249. Il ne sera question ici que de la déchéance facultative ou judiciaire, la seule pour laquelle il soit nécessaire d'intenter une action en justice. La déchéance légale a lieu en effet de plein droit et il n'est pas besoin de la demander. Sans doute, il y aura des questions à faire régler par la justice comme conséquence de la déchéance subie, mais l'action exercée dans ce but n'est pas une action en déchéance.

250. Les personnes auxquelles appartient l'exercice de cette action sont indiquées par l'art. 3, ainsi conçu : « *L'action en déchéance est intentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère, par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché, ou par le ministère public* ». La loi fait donc appel à la famille, mais

(1) Note, D., 94. 2. 393.

(2) Grenoble, 13 juin 1892, D., 93. 2. 267, S., 93. 2. 92. — Riom, 9 mai 1893, D., 94. 2. 144. — Aix, 8 mars 1897, D., 97. 2. 157, S., 99. 2. 57. Peut-être les tribunaux sont-ils allés un peu loin. V. notamment l'arrêt de Grenoble du 13 juin 1892. — Cf. de Loynes, note sous trib. de Rennes, 18 sept. 1891, D., 94. 2. 393.

(3) Poitiers, 21 juil. 1890, D., 91. 2. 73.

elle ne compte pas exclusivement sur elle. L'expérience a montré en effet que, trop souvent, les parents du mineur ne se soucient pas d'intervenir en sa faveur.

L'action appartient, nous dit le texte, aux parents au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché; elle leur appartient sans distinction de sexe et sans qu'il y ait à observer aucun ordre hiérarchique. Elle ne peut être intentée ni par les alliés, ni par le subrogé-tuteur de l'enfant, en cette qualité. Le subrogé-tuteur ne peut pas invoquer les art. 420 et 426 C. civ. qui lui donnent le droit de provoquer la destitution du tuteur. Autre chose est la destitution de la tutelle, autre chose la déchéance de la puissance paternelle (1).

La mère peut certainement demander la déchéance du père. Si elle n'est ni divorcée, ni séparée de corps, doit-elle obtenir l'autorisation maritale? Dans le silence de la loi, ce sont les règles du droit commun qui doivent être suivies. Donc la mère doit être autorisée par son mari ou, au défaut de celui-ci, par la justice, conformément à l'art. 861 Pr. civ. (2).

L'action ne peut être intentée ni par l'Assistance publique, ni par les personnes charitables, ou les représentants des établissements hospitaliers qui ont recueilli l'enfant. Mais ils peuvent signaler au ministère public les faits qui donnent lieu à la déchéance (3).

251. La demande en déchéance doit, en principe, être introduite devant le tribunal civil (art. 3). Mais la loi, dans certains cas, attribue compétence à la juridiction répressive (4). Cela résulte de l'art. 9, al. 2 : « *Toutefois, lorsque « les tribunaux répressifs prononceront les condamnations « prévues aux art. 1er et 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans « les conditions établies par la présente loi* ». Ce texte prévoit non seulement le cas où la déchéance facultative est la con-

(1) Paris, 2 fév. 1897, D. 97. 2. 168.

(2) Lalou, *op. cit.*, II, n. 777. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, n. 91, note 2.

(3) Circul. du min. de l'Intérieur du 16 août 1889.

(4) Les juridictions répressives étaient incompétentes d'après le projet de la commission de la chancellerie et, au cas de condamnation de nature à entraîner la déchéance de la puissance paternelle, il y avait lieu à un renvoi de droit devant la juridiction compétente. V. art. 3 et 9 du projet.

séquence d'une condamnation (art. 2, n. 1, 2, 3 et 4), mais aussi celui où la déchéance a lieu de plein droit (art. 1). Dans le premier, le tribunal répressif prononce la déchéance, puis il statue sur les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant; dans le second, le rôle du tribunal se borne à constater la déchéance et à statuer sur les mesures que les circonstances exigent. C'est à raison de la diversité des rôles que peut ainsi jouer, suivant les hypothèses, la juridiction répressive, que le texte emploie l'expression très générale : *statuer* sur la déchéance.

Bien entendu, le tribunal ne *statuera* sur la déchéance ou ne la *prononcera* que s'il en est requis par ceux auxquels la loi donne pouvoir à cet effet (art. 3 et 9, al. 1).

En ce qui concerne la compétence *ratione personæ,* la loi édicte des règles très simples. La déchéance facultative est-elle attachée à une condamnation, on peut s'adresser au tribunal qui prononcera celle-ci (art. 9 al. 2). Lorsque la demande est portée devant le tribunal civil, elle doit être introduite devant le tribunal du domicile ou de la résidence du père, de la mère ou de l'ascendant (art. 3). Conformément aux règles du droit commun en matière d'actions personnelles (art. 59 Pr. civ.), la demande ne peut être formée devant le tribunal du lieu où réside le défendeur que dans le cas où celui-ci n'a pas de domicile certain [1].

252. Les art. 4 à 7 règlent la procédure de l'action en déchéance, mais ils laissent dans l'ombre bien des questions importantes, ce qui a donné lieu à de très sérieuses difficultés.

En première instance, l'affaire est portée devant la chambre du conseil (art. 3). Bien que la loi ne le dise pas, il est certain qu'en cause d'appel l'affaire ressortit également à la chambre du conseil. Cela résulte de l'art. 470 C. pr. et de l'esprit de la loi de 1889. Celle-ci a voulu éviter la publicité des débats en matière de déchéance de la puissance paternelle. Or cette publicité serait aussi fâcheuse devant la cour d'appel que devant le tribunal [2].

[1] Bordeaux, 26 mars 1907, D., 07. 2. 272.

[2] Cass., 18 janv. 1899, D., 99. 1. 134, S., 03. 1. 343. Depuis le décret du 26 nov. 1899, il est certain que la cour d'appel statue en audience ordinaire.

L'affaire est instruite et les débats ont lieu en la chambre du conseil. Mais le jugement ou l'arrêt doit, à peine de nullité, être rendu à l'audience publique (art. 4 *in fine* de la loi de 1889 et arg. art. 470 C. pr.).

253. « *Le ministère public ou la partie intéressée introduit* « *l'action en déchéance par un mémoire présenté au président* « *du tribunal, énonçant les faits et accompagné des pièces* « *justificatives. Ce mémoire est notifié aux père et mère ou* « *ascendants dont la déchéance est demandée* » (art. 4, al. 2). Ce texte organise, comme on le voit, une procédure toute spéciale, qui n'est pas celle du droit commun. On ne signifie pas au défendeur un exploit d'ajournement [1]. On procède par un simple mémoire qui est *notifié* (la loi ne dit pas *signifié*) à celui dont la déchéance est provoquée.

254. Aux termes de l'art. 4, al. 1 : « *Le procureur de la* « *République fait procéder à une enquête sommaire sur la* « *situation de la famille du mineur et sur la moralité de ses* « *parents connus, qui sont mis en demeure de présenter au* « *tribunal les observations et oppositions qu'ils jugeront con-* « *venables* ».

La loi ne prescrit, pour cette enquête, aucune forme spéciale. Le procureur de la République, qui en est chargé, se servira donc de tous les moyens qui sont à sa disposition : juges de paix, maires, commissaires de police, etc. A vrai dire, c'est là une enquête administrative plutôt qu'une enquête judiciaire [2].

255. « *Le président du tribunal commet un juge pour faire* « *le rapport à jour indiqué* » (art. 4, al. 3). La disposition de la loi étant impérative, la formalité du rapport est substantielle et elle est exigée à peine de nullité [3]. Bien que le texte ne le dise pas, le président doit ordonner la communication au ministère public (arg. art. 83 et 892 C. pr.).

256. « *Il est procédé dans les formes prescrites par les art.* « *892 et 893 du code de procédure civile. Toutefois, la convo-*

[1] Poitiers, 21 juill. 1890, D., 91. 2. 73. — Nancy, 2 mars 1901, D., 02. 2. 458.

[2] Nillus, op. cit., n. 101. — Cpr. Circul. du ministre de l'Intérieur du 16 avril 1890.

[3] Cass., 30 oct. 1905, D., 07. 1. 477.

» *cation du conseil de famille reste facultative pour le tribu-* » *nal* » (art. 4, al. 4). La loi renvoie donc expressément aux art. 892 et 893 C. pr., relatifs à la procédure de l'interdiction. Une différence est cependant indiquée, et ce n'est peut-être pas la seule (1) : tandis que la réunion du conseil de famille est obligatoire en matière d'interdiction, ici elle est purement facultative. On a pensé sans doute que le tribunal peut être suffisamment éclairé par les résultats de l'enquête administrative (2). Le jugement qui statue sur la réunion du conseil de famille doit être prononcé en chambre du conseil. Sans doute, l'art. 4 *in fine* dit que « le jugement est prononcé en audience publique ». Mais cette disposition a trait seulement à la sentence dont le texte vient de parler, c'est-à-dire au jugement sur le fond. Notre solution est d'ailleurs conforme à l'esprit de la loi. Celle-ci a voulu que la procédure fût aussi discrète que possible. Il est inutile de révéler l'affaire au public, alors qu'on ne sait pas encore dans quel sens elle sera jugée au fond (3).

(1) Y a-t-il encore une autre différence entre les deux procédures ? En matière d'interdiction, le défendeur n'est assigné qu'après la réunion du conseil de famille. Il a été jugé que la personne dont la déchéance est demandée doit être mise en cause par la notification du mémoire introductif (art. 4, al. 2 de la loi de 1889) et citée à comparaître, avant le jugement qui statue sur la réunion du conseil de famille. En effet, a-t-on dit, ce jugement, en quelque sens qu'il soit rendu, augmente ou diminue les moyens de défense du défendeur : il faut donc que celui-ci soit mis en mesure de défendre sa cause avant toute décision du tribunal. Angers, 18 mars 1891, D., 92. 2. 57, et la note de M. Planiol, S., 91. 2. 140. — Nillus, *op. cit.*, n. 114. — En sens contraire, Rennes, 26 déc. 1900, D., 01. 2. 134. Aux termes de cet arrêt, il suffit que la notification du mémoire soit faite avant la réunion du conseil de famille.

(2) Si le tribunal ne croit pas utile de convoquer le conseil de famille, il doit, à notre avis, le dire expressément dans un jugement distinct. Il s'agit, en effet, d'une mesure qui peut être très grave pour le défendeur et il importe que les juges s'expliquent sur ce point. D'autre part, la loi renvoie à l'art. 892 C. pr. qui impose la réunion du conseil de famille et, en même temps, elle ajoute que cette réunion est facultative pour le tribunal. La meilleure manière, semble-t-il, de concilier la faculté laissée aux juges avec le renvoi qui est fait à l'art. 892 C. pr. est de dire que la réunion du conseil de famille est la règle, la non-convocation l'exception. Il faut que le tribunal déclare s'il entend écarter l'application de la règle générale. Cette solution est cependant sérieusement contestée. Nillus, *op. cit.*, n. 103; Leloir, *op. cit.*, II, p. 124.

(3) Rennes, 26 déc. 1900, D., 01. 2. 134. — Planiol, *Note*, D., 92. 2. 57. — *Contra* Angers, 18 mars 1891, *supra*.

Aux termes de l'art. 892 C. pr., le conseil de famille, dont, par hypothèse, le tribunal a ordonné la convocation, doit être formé suivant les règles établies au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. Mais sera-t-il composé des parents ou alliés des enfants, ou des parents ou alliés de la personne dont la déchéance est provoquée, et où doit-il être réuni? La loi renvoie à la procédure de l'interdiction. Or, en cette matière, le conseil de famille est composé de parents ou alliés du défendeur et se réunit au domicile de celui-ci. Il semblerait naturel, en conséquence, de réunir le conseil de famille au domicile de la personne dont la déchéance est demandée et de le composer en tenant compte de ses relations personnelles de parenté ou d'alliance [1]. Mais est-ce bien conforme à l'intention du législateur? La procédure de la déchéance est organisée dans l'intérêt des enfants, non dans celui du défendeur. La loi, dans l'art. 4, nous parle constamment du mineur; l'enquête prescrite par l'art. 4, al. 1, porte sur la situation et la moralité des parents du mineur; ce sont ceux-ci qui sont appelés à présenter leurs observations. Dès lors, il vaut mieux décider que le conseil de famille sera composé des parents ou alliés du mineur, en appelant en nombre égal ceux de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle. Ce conseil sera réuni au domicile de l'enfant, qui peut fort bien être distinct de celui du défendeur [2].

Le conseil de famille donne son avis, non seulement sur l'opportunité de la déchéance, mais aussi sur les questions qui s'y rattachent, telles que l'organisation de la tutelle, la transmission à la mère de la puissance paternelle, la garde des enfants, etc.

[1] Voir Nillus, *op. cit.*, p. 71, note 2.

[2] Lelièvre, *op. cit.*, II, p. 126. — Faudra-t-il appliquer les art. 447 et 495 C. civ.? Nous ne le pensons pas. Le conseil de famille est ici appelé simplement à émettre un avis, non à statuer sur la déchéance, ce qui écarte l'application de l'art. 447, [illegible] que de la destitution de la tutelle, qui est prononcée par le conseil de famille. Quant à l'art. 495, il peut paraître raisonnable de l'appliquer par identité de motifs. Nous remarquerons cependant que ce texte est au titre *De la majorité*, lequel ne renvoie pas l'art. 892 C. pr. — V. sur ces points Nillus, *op. cit.*, n. 107; Lelièvre, II, n. 444 et 501.

L'interrogatoire du défendeur est prescrit par le code de procédure civile, auquel renvoie la loi de 1889. Il semble qu'il y ait là une formalité substantielle. Bien entendu, le tribunal passera outre, si le défendeur se refuse à l'interrogatoire.

257. Aux termes de l'art. 4, al. 5 : « *La chambre du conseil procède à l'examen de l'affaire sur le vu de la délibération du conseil de famille, lorsqu'il a été convoqué, de l'avis du juge de paix du canton, après avoir appelé, s'il y a lieu, les parents ou autres personnes, et entendu le ministère public dans ses réquisitions* ». Les parents ont été, nous l'avons vu, mis en demeure de présenter leurs observations. Ils ne sont point parties au procès ; leur intervention a simplement pour but d'éclairer le tribunal. Il n'y a donc pas lieu de leur adresser une assignation ; ils sont avertis par les soins du ministère public. Il est certain également qu'ils n'ont pas à constituer avoué ; ils doivent comparaître en personne. Le tribunal n'est du reste pas tenu d'appeler les parents dont l'enquête du procureur de la République a révélé l'existence ; cette mesure est facultative pour lui. Il y a cependant un parent qui doit nécessairement être mis en cause, au besoin d'office. C'est la mère, lorsque la déchéance est requise contre le père. Cela résulte, non pas de l'art. 4, mais de l'art. 9, al. 3. Ce dernier texte nous dit que le tribunal qui prononce la déchéance statue, par le même jugement, sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître. On ne peut pas statuer sur les droits de la mère, sans mettre celle-ci en cause [1].

L'art. 4 permet au tribunal d'appeler les parents *ou autres personnes*. Il est assez difficile de savoir ce que la loi entend par cette dernière expression. Il doit s'agir probablement des personnes qui ont déposé à l'enquête administrative et de celles qui ont manifesté l'intention de se charger de l'enfant.

Le tribunal peut, en outre, ordonner une véritable enquête, qui se fera dans les formes ordinaires (art. 893 C. pr.). Il

[1] Agen, 22 déc. 1895, D., 98. 2. 184.

ne peut statuer qu'après avoir pris l'avis du juge de paix du canton, et des termes dont se sert la loi il paraît bien résulter que cet avis est prescrit à peine de nullité [1].

258. « *Le jugement est prononcé en audience publique. Il* « *peut être déclaré exécutoire nonobstant opposition ou appel* » art. 4, *in fine*).

259. La loi prévoit spécialement deux voies de recours contre le jugement du tribunal civil : l'opposition et l'appel.

« *Les jugements par défaut prononçant la déchéance de la* « *puissance paternelle* [2] *peuvent être attaqués par la voie de* « *l'opposition dans le délai de huit jours à partir de la notifi-* « *cation à la personne et dans le délai d'un an à partir de la* « *notification à domicile* [3]. *Si sur l'opposition il intervient* « *un second jugement par défaut, ce jugement ne peut être* « *attaqué que par la voie de l'appel* » (art. 6) [4]. Cpr. art. 187 C. inst. crim.

« *L'appel des jugements* [5] *appartient aux parties et au* « *ministère public. Il doit être interjeté dans le délai de dix* « *jours à compter du jugement, s'il est contradictoire, et s'il* « *est rendu par défaut, du jour où l'opposition n'est plus* « *recevable* » [6]. Art. 7. Cette dernière règle est empruntée en partie [7] aux dispositions du code d'instruction criminelle relatives à l'appel en matière correctionnelle (art. 203 C. I. c.).

En principe, il faudra suivre, devant la cour d'appel, les règles édictées pour la procédure devant le tribunal de pre-

[1] Cass., 18 mars 1901, D., 02. 1. 481.

[2] Les autres jugements rendus par défaut sont-ils, comme celui qui prononce la déchéance, susceptibles d'être attaqués par la voie de l'opposition? La question est controversée. — V. Leloir, *op. cit.*, II, p. 144; Nillus, *op. cit.*, n. 106.

[3] Si le domicile du défendeur est inconnu, la signification du jugement pourra être faite au Parquet. — V. sur ce point Nancy, 23 nov. 1901, D., 02. 2. 172.

[4] L'opposition doit être portée devant la chambre du conseil. Nancy, 2 mars 1901, D., 02. 2. 68. Le même arrêt décide que l'opposant doit comparaître en personne, et ne peut se faire représenter par un avoué (Cpr. *infra*, n. 263).

[5] La loi étant très générale, tous les jugements, sans distinction, sont susceptibles d'appel. Leloir, *op. cit.*, II, p. 146. — Bordeaux, 22 fév. 1899, S., 00. 2. 46.

[6] Sur le calcul du délai, V. Poitiers, 8 mai 1905, D., 07. 2. 14.

[7] Nous disons : en partie, car le délai d'appel s'ajoute ici au délai d'opposition, à la différence de ce qui se passe pour les affaires correctionnelles.

mière instance (arg. art. 470 Pr. civ.). Ainsi l'arrêt doit être, à peine de nullité, rendu sur rapport [1].

Dans le silence de la loi, il semble bien que le droit commun doive être appliqué quant aux autres voies de recours dont elle ne parle pas [2].

260. Mesures provisoires. — Aux termes de l'art. 5 : « *Pendant l'instance en déchéance, la chambre du conseil peut ordonner, relativement à la garde et à l'éducation des enfants telles mesures provisoires qu'elle juge utiles. — Les jugements sur cet objet sont exécutoires par provision* ». Ces mesures provisoires consistent à confier l'enfant à un parent, à un établissement d'éducation, ou à l'Assistance publique [3]. Elles sont prises à la requête des parties, ou du ministère public, ou même d'office.

261. « *Pendant l'instance en déchéance,* nous dit l'art. 13, al. 1, *toute personne peut s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir que l'enfant lui soit confié* ». Il s'agit d'une personne qui désire être chargée de l'enfant, à titre de tuteur officieux. Son intervention peut se produire, soit en première instance, soit en appel. Le tribunal statue sur ce point en même temps que sur le fond, après avoir recueilli tous les renseignements convenables et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille (art. 13, al. 3).

262. Telles sont, très brièvement exposées, les règles de procédure établies par la loi de 1889. Comme on le voit, celles-ci présentent des lacunes nombreuses et importantes. De là est née la question de savoir quels principes il convient de suivre sur les points que la loi n'a pas expressément réglés. Cette question ne peut être résolue que si l'on a déterminé au préalable le caractère de l'action en déchéance. Si c'est une action civile, c'est au code de procédure civile qu'il conviendrait de se référer dans le silence de la loi. Ne peut-on pas y voir une action d'un caractère mixte, civil et pénal tout à la fois, ce qui permettrait d'appliquer, suivant les cas, soit les règles du code de procédure civile, soit celles

[1] Cass., 30 oct. 1907, D., 07. 1. 477.
[2] Nancy, 23 nov. 1901 (motifs), *supra*. — Leloir, *op. cit.*, II, p. 153.
[3] Circ. min. de l'intérieur, 16 août 1889.

du code d'instruction criminelle? Enfin ne faut-il pas dire que la loi de 1889 a organisé une procédure *sui generis*, soumise à des règles qui lui sont propres, et que, dans le silence de la loi, il convient de s'inspirer uniquement de l'intention du législateur et du but que celui-ci a poursuivi? Toutes ces opinions ont été soutenues.

263. A. On paraît bien admettre en général que l'action en déchéance de la puissance paternelle est une action civile. Il s'agit en effet d'un droit purement civil : la puissance paternelle. Les règles posées par la loi de 1889, dit-on, ont le même caractère que celles qui sont édictées par le code civil. C'est le point de vue auquel les auteurs de la loi semblent avoir voulu se placer. Cela ressort notamment du rapport que M. Courcelle-Seneuil a présenté au conseil d'Etat : « On « accepte plus difficilement encore, a-t-il dit, que la privation » de cette puissance ne soit pas une peine ou l'accessoire » d'une peine. *Cette privation n'est cependant, dans le cas qui « nous occupe, que la conséquence rationnelle de l'inexécution « d'une obligation civile* ». Plus loin : « Le projet est destiné « à devenir *une des lois protectrices de l'enfance et non une « loi pénale contre les pères indignes* ». Au sujet de l'art. 2, M. Courcelle-Seneuil s'exprime en ces termes : « Loin de « vouloir considérer la déchéance comme un accessoire de « peines encourues, il [le conseil d'Etat] considère la peine « comme une simple indication, un avis donné au ministère « public pour éveiller son attention ». Le rapporteur revient encore sur cette idée au sujet de la restitution de la puissance paternelle. — M. Gerville-Réache, dans son rapport du 12 janvier 1889, insiste, à plusieurs reprises, sur le caractère de la loi nouvelle, qui n'est, à ses yeux, qu'une loi complémentaire du code civil (1).

D'autre part, on peut faire remarquer que les art. 3 et s.

(1) V. aussi la réponse de M. Gerville-Réache, à M. Boreau-Lajanadie, dans la séance de la Chambre des députés du 25 mai 1889. — Dans le même sens, Circulaire du garde des sceaux du 21 septembre 1889. « Le dessaisissement de la puis- « sance paternelle n'est pas une mesure de répression, mais une nécessité « juridique. C'est l'intérêt seul du mineur qui l'exige, et les mesures édictées par « la loi ont assurément un caractère plutôt civil que pénal » (*Journal officiel* du 17 oct. 1889).

de la loi de 1889 soumettent l'action en déchéance à la procédure de la chambre du conseil et la rangent, par conséquent, au nombre des affaires civiles; que la loi renvoie notamment aux art. 892 et 893 C. pr.; qu'elle s'écarte des règles admises en matière criminelle en décidant que la sentence prononçant la déchéance de la puissance paternelle peut être déclarée exécutoire nonobstant opposition ou appel. Dès lors, ce sont les règles du code de procédure civile qui doivent être suivies en principe sur tous les points sur lesquels la loi n'y a pas dérogé.

Si cette interprétation est exacte, il en résulte les conséquences suivantes :

I. Le ministère d'un avoué est obligatoire pour le défendeur, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la cour d'appel. C'est en effet le droit commun en matière civile. Il convient d'autant moins de déroger ici à cette règle essentielle qu'il s'agit d'une déchéance très grave et qu'il faut conserver à la partie les garanties accordées aux plaideurs dans les procès ordinaires. En conséquence, on doit donner défaut contre la partie qui n'a pas constitué avoué, alors même qu'elle se serait présentée en personne devant la chambre du conseil (1).

La cour de cassation paraît bien admettre qu'en principe les règles de la procédure civile doivent être appliquées à l'action en déchéance de la puissance paternelle. Mais en ce qui touche la question qui nous occupe, elle a décidé que la loi de 1889 a dérogé au droit commun. Voici ce que nous lisons dans un arrêt du 5 mai 1902 (2). « Attendu que ces

(1) Rouen, 8 déc. 1890 et 10 fév. 1891, S., 96. 2. 241, en note. — Bourges, 6 mai 1891, D., 94. 2. 275, en note, S., 91. 2. 141. — Lyon, 5 janv. 1900, D., 00. 2. 40. — Tissier, note, S., 96. 2. 241. — Quant aux parents qui intentent l'action en déchéance, il paraît certain qu'ils sont tenus de se faire représenter par un avoué. La question, pour eux, n'est pas discutée.

(2) D., 02. 1. 212, S., 04. 1. 41. — V. également dans le même sens les motifs d'un autre arrêt du même jour, D., 02. 1. 212. — Cpr. Nillus, *op. cit.*, n. 111 et 114. — Aux termes d'un jugement du trib. civ. de Boulogne-sur-Mer, du 25 janv. 1901, D., 02. 2. 457, l'assistance d'un avoué serait nécessaire au cas où, le défendeur ayant nié les faits allégués, le tribunal, au lieu de se borner à appeler en Chambre du conseil les parents ou autres personnes qui peuvent le renseigner, a décidé qu'il sera procédé dans les formes prescrites par les art. 892 et 893 C. pr. V. sur ce jugement les observations critiques de M. de Loynes.

diverses règles (il s'agit des art. 4, al. 2, 6, 7 de la loi de 1889 et de l'art. 4, al. 4 cbn. avec l'art. 893 C. pr.), *dérogeant au droit commun*, ont toutes pour but d'établir une procédure appropriée à la célérité que comporte la matière et de conserver au débat, à raison de sa nature, un caractère personnel... » La cour en tire cette conséquence que ces règles sont exclusives, pour le défendeur, de l'obligation de se faire représenter par un avoué et que, lorsqu'il a comparu en personne, le jugement ou l'arrêt doit être réputé contradictoire à son égard. Mais, d'autre part, aucune loi n'interdisant de se faire représenter par un avoué en matière de déchéance de la puissance paternelle, le jugement doit être également tenu pour contradictoire, si le défendeur n'a pas comparu en personne et s'est fait représenter par un avoué. En d'autres termes, le ministère d'un avoué est purement facultatif.

II. La loi de 1889 n'a pas dit dans quelles formes l'appel doit être interjeté. Il faut ici encore recourir au code de procédure civile. Par conséquent, conformément à l'art. 456 C. pr., il faut que l'appel soit interjeté par une assignation contenant constitution d'avoué et signifiée par ministère d'huissier à personne ou à domicile. Il ne serait pas régulièrement formé par une déclaration au greffe du tribunal, ni par un exploit d'huissier ne contenant pas de constitution d'avoué, ni, à plus forte raison, par une simple lettre adressée au procureur de la République (1).

La cour de cassation décide que les règles édictées par l'art. 456 C. pr. doivent sans doute être suivies, mais avec la dérogation relative à la constitution d'avoué résultant, d'après elle, de la loi de 1889 (2).

III. Conformément au droit commun, les actes de procédure doivent être signifiés par ministère d'huissier (3).

(1) Riom, 10 déc. 1891, S., 95. 2. 242, en note. — Bourges, 6 mai 1891, D., 94. 2. 275, en note, S., 91. 2. 141. — Besançon, 29 nov. 1893, D., 94. 2. 275, S., 94. 2. 264. — Lyon, 5 janv. 1900, D., 00. 2. 40, S., 00. 2. 8. — Tissier, *Note* dans S., 96. 2. 207.

(2) Cass., 5 mai 1902 (deuxième arrêt), *supra*. — Poitiers, 8 mai 1905, D., 07. 2. 14.

(3) Arrêts cités à la note 1 *supra*. — *Adde* Cass., 5 mai 1902 (deuxième arrêt), et Poitiers, 8 mai 1905, *supra*.

IV. Enfin le pourvoi en cassation doit être formé, comme en matière civile, par une requête signée d'un avocat à la cour de cassation, déposée au greffe de la cour de cassation, avec une quittance de consignation d'amende [1].

264. B. Dans une autre opinion, qui compte un certain nombre de partisans, on repousse l'application des règles de la procédure civile. La loi de 1889, dit-on en ce sens, a organisé une procédure toute spéciale qui se rapproche, dans une certaine mesure, de la procédure suivie devant les tribunaux correctionnels. Elle est donc soumise à des règles qui lui sont propres, et c'est dans les dispositions de la loi de 1889, et non dans le code de procédure civile, ni dans le code d'instruction criminelle, qu'il faut rechercher la solution des diverses questions qui nous occupent. Il faut, par dessus tout, tenir compte de l'intention du législateur, qui a voulu instituer une procédure aussi simple, aussi économique et rapide que possible. Dès lors, il convient d'organiser cette procédure de manière à répondre, de la manière la plus satisfaisante possible, aux vues des auteurs de la loi.

Certaines cours d'appel ont été ainsi amenées à décider que le ministère des avoués est absolument prohibé, en matière de déchéance de la puissance paternelle, soit en première instance, soit en cause d'appel [2]. En effet, dit-on, le législateur, en organisant cette procédure spéciale de la déchéance, a eu évidemment pour but de ne pas imposer le ministère toujours coûteux des avoués. Bien plus, il a entendu le proscrire. Il résulte en effet de l'art. 4 que le défendeur doit comparaître en personne devant la chambre du conseil pour y être interrogé. D'autre part, la volonté du législateur d'exiger la comparution personnelle du défendeur s'induit des art. 6 et 7 de la loi. Si le défendeur pouvait se faire représenter par un avoué, pourquoi la loi disposerait-elle, dans son art. 6, que le délai de l'opposition au jugement par défaut part du

[1] Cass., 23 fév. 1891, D., 94. 1. 304. — Dans l'espèce, le pourvoi avait été formé par acte reçu au greffe de la Cour d'appel.

[2] Paris, 21 mars 1895, D., 96. 2. 385, S., 96. 2. 242. — Paris, 11 mai 1900, D., 00. 2. 454. — Cpr. Nancy, 2 mars 1901, D., 02. 2. 458, S., 01. 2. 270. — Surville, I, n. 395.

jour de la notification de ce jugement à personne ou à domicile ? Elle aurait dû, conformément à l'art. 157 C. pr., faire courir ce délai du jour de la signification à avoué, s'il en était constitué un. Enfin l'art. 7, en faisant courir le délai de l'appel du jugement contradictoire du jour de sa prononciation et non du jour de sa signification à personne ou à domicile, conformément à l'art. 443 C. pr., suppose nécessairement par là que le défendeur a comparu en personne. En conséquence, le jugement ou l'arrêt sera réputé contradictoire si la partie a comparu en personne, assistée ou non d'un avoué ou d'un avocat ; et il sera réputé par défaut, si la partie ne s'est pas présentée en personne, alors même qu'elle se serait fait représenter par un avoué.

Des considérations du même genre, tirées du caractère assigné par la loi à la procédure instituée par elle, ont conduit à décider que le ministère des huissiers est également prohibé, ou qu'il est tout au moins facultatif. On peut du reste déduire un argument direct de l'art. 4, aux termes duquel le mémoire est *notifié* au défendeur. En se servant de cette expression, la loi a voulu marquer qu'il ne s'agit pas là d'une véritable signification, et que dès lors on n'est pas tenu de recourir au ministère d'un huissier. Ainsi le procureur de la République, lorsqu'il intente l'action, peut faire la notification par un commissaire de police (1).

Des solutions qui précèdent il résulte que, en ce qui concerne les formes de l'appel, il n'y a pas lieu de se conformer aux prescriptions de l'art. 456 C. pr. On peut interjeter appel du jugement par un acte quelconque public ou privé, pourvu que la volonté d'appeler ressorte de cet acte avec une précision suffisante. Ainsi une déclaration au greffe du tribunal, une simple lettre adressée au procureur de la République, lorsque du moins c'est celui-ci qui a intenté l'action, peut suffire pour que l'appel soit régulièrement formé (2).

265. C. Il nous reste enfin à signaler un système qui a été soutenu avec une rare vigueur par M. le Procureur général

(1) Paris (motifs), 11 mai 1900, D., 00. 2. 454. — Paris (motifs), 11 janv. 1901, D., 04. 2. 370. — Paris, 7 mars 1902, D., 05. 2. 324.

(2) Paris, 11 janv. 1901 (deux arrêts) et 7 mars 1902, *supra*.

Baudouin devant la cour de cassation [1]. Il peut être résumé de la manière suivante. Avant la loi de 1889, la déchéance de la puissance paternelle (art. 335 C. pén. et L. 7 déc. 1874) avait certainement un caractère pénal. Depuis la loi de 1889, elle a conservé ce caractère, mais en partie seulement. « La » déchéance de la puissance paternelle, a dit M. le Procureur » général, n'est pas une matière purement civile. Elle est au » contraire de nature complexe, tout à la fois administrative, » civile et pénale : administrative par son but et par la » manière dont elle supplée, par l'intervention de l'Assistance » publique, à l'insuffisance ou à l'indignité des parents ; civile » en ce qu'elle touche à l'état des personnes qu'elle modifie » et en ce qu'elle influe sur l'organisation de la puissance » paternelle et de la tutelle ; mais aussi pénale ». La loi de 1889 est une loi pénale, car elle veut châtier le père coupable de manquement à un devoir social de premier ordre. L'idée de faute et de peine ressort de tous les textes. La déchéance est une peine, puisqu'elle découle de plein droit, ou qu'elle peut être la conséquence de certaines condamnations. Comme en matière pénale, la loi a énuméré limitativement les cas dans lesquels la déchéance est encourue. En ce qui concerne l'action en déchéance, la loi a fait de nombreux emprunts à la procédure correctionnelle. Dans son art. 6, elle écarte les règles des art. 157 et 158 C. pr., relatives aux jugements par défaut en matière civile, et en édicte une qu'elle a trouvée dans le code d'instruction criminelle, art. 187. Le délai de l'appel est de dix jours comme dans les affaires correctionnelles et le point de départ de ce délai n'est pas celui de l'art. 443 C. pr. ; de même qu'en matière correctionnelle (art. 203 Inst. cr.), le délai court du jour du jugement, s'il est contradictoire (art. 7, L. 1889). De tout cela se dégage l'impression que le législateur a voulu établir une procédure « ayant pour but de faire bien, vite et à bon marché ». Dans ses conclusions sur la seconde affaire jugée le même jour par la cour suprême, M. le Procureur général a dit encore : « Inspirons-nous des nécessités de la situation à

[1] Cass., 5 mai 1902 (1er arrêt), D., 02. 1. 209 s.

« laquelle il faut parer, et, puisqu'il nous faut faire la loi, « recherchons dans les éléments préexistants de notre législation les bases de la construction juridique que nous avons « à édifier ». En conséquence, il propose de donner aux parties le choix entre les règles du code de procédure civile et celles du code d'instruction criminelle. C'est le seul moyen d'éviter des solutions arbitraires et divergentes et de donner à la fois satisfaction aux vœux du législateur et aux intérêts des parties.

Dès lors, le ministère d'avoué n'est pas imposé; mais il n'est pas non plus proscrit. C'est la règle suivie en matière pénale, lorsqu'il ne s'agit pas d'emprisonnement. Et il y a d'autant plus lieu de s'en tenir à cette règle que telle paraît avoir été l'intention des auteurs de la loi de 1889. L'affaire, nous dit l'art. 4, est *instruite* et les *débats* ont lieu en la chambre du conseil. Or, devant cette juridiction, le ministère des avoués est, en principe, facultatif. Sans doute, dans la procédure d'interdiction à laquelle renvoie l'art. 4, la personne dont l'interdiction est demandée doit comparaître en personne. Mais il existe entre la procédure de la déchéance et celle de l'interdiction des différences dont on est obligé de tenir compte. Dans la première, le procès est déjà entamé, l'affaire est entrée dans la phase contentieuse, avant la comparution de la partie, qui dès avant ce moment joue le rôle de défendeur. Il en est autrement en matière d'interdiction, du moins d'après l'opinion générale.

De même, en ce qui touche les formes de l'appel, on aura le choix entre les deux procédures organisées par nos lois et qui conviennent toutes deux à l'action en déchéance. On pourra suivre les formes établies par l'art. 456 C. pr., mais il faudra appliquer ce texte dans sa teneur intégrale ; l'appel sera interjeté par exploit contenant constitution d'avoué. Mais ce procédé ayant l'inconvénient d'être assez coûteux, on pourra recourir à un autre qui n'a rien d'arbitraire, puisqu'il est organisé par le code d'instruction criminelle (art. 203) et qui, tout en offrant autant de garanties que le premier, a sur celui-ci l'avantage d'être plus économique : c'est la déclaration au greffe du tribunal qui a rendu le jugement.

Mais une simple lettre ne peut avoir aucune valeur. S'il en était autrement, il faudrait admettre que l'appel peut être interjeté par lettre, non seulement dans le cas où l'action a été intentée par le procureur de la République, mais même aussi dans le cas où elle a été exercée par un parent du mineur. Et alors on se heurterait, dans la pratique, à des difficultés inextricables.

266. Dans ce conflit d'opinions contradictoires, quel parti devrons-nous prendre ? Nous pensons, pour notre part, que l'organisation de la procédure ne peut être abandonnée à l'appréciation plus ou moins arbitraire des tribunaux. Il importe, en cette matière, de poser des règles précises. Or c'est dans les dispositions du code de procédure civile, combinées avec celles de la loi du 24 juillet 1889, que nous trouverons ces règles. L'action en déchéance de la puissance paternelle a en effet un caractère plutôt civil que pénal, et elle est soumise, à ce titre, aux prescriptions édictées par le code de procédure civile, sous les modifications qui résultent de la loi de 1889. Nous admettrions volontiers, en conséquence, avec la cour de cassation que le défendeur peut se faire représenter par un avoué, mais sans y être obligé. La loi de 1889 aurait sur ce point dérogé aux règles ordinaires de la procédure civile. Nous admettrions aussi que le mémoire introductif d'instance (art. 4) peut être notifié autrement que par ministère d'huissier. Mais il nous paraît difficile d'aller plus loin, et nous pensons, avec la cour de cassation, que l'appel doit être interjeté dans les formes prescrites par le code de procédure civile.

§ III. *Des effets de la déchéance.*

267. Que la déchéance de la puissance paternelle soit encourue de plein droit par application de l'art. 1, ou qu'elle soit prononcée par la justice conformément à l'art. 2, l'effet est toujours le même. Le père, la mère, ou l'ascendant déchu perd tous les droits qui se rattachent à la puissance paternelle; il en perd non seulement l'exercice, mais encore la jouissance. En un mot il est frappé d'une déchéance complète.

Il ne faut donc pas considérer comme limitative la liste d'articles contenue dans l'art. 1 ; cette liste est simplement énonciative, comme du reste le texte nous le donne très clairement à entendre : « Sont déchus de la puissance paternelle, « *ensemble de tous les droits qui s'y rattachent,* NOTAMMENT « ceux énoncés aux articles... » Un certain nombre de textes ne sont pas compris dans cette énumération (notamment l'art. 158, les art. 402 s., 1095 et 1398 C. civ.); mais ces omissions ne tirent pas à conséquence [1].

268. Les droits atteints par la déchéance sont non seulement ceux qui découlent de la puissance paternelle *stricto sensu*, mais aussi tous ceux qui se rattachent à la puissance paternelle *lato sensu,* c'est-à-dire tous les droits que la loi confère aux père, mère et ascendants, *en cette qualité*. Mais la déchéance laisse subsister tous les droits qui dérivent de la parenté et non de la puissance paternelle. Tels sont l'obligation alimentaire (art. 205, 206, 207 C. civ.), que l'alinéa final de l'art. 1 réserve expressément, et aussi le droit de successibilité et le droit de réserve, dont la loi ne parle pas.

269. Le père, la mère ou l'ascendant frappé de déchéance perd la puissance paternelle sur tous ses enfants et descendants, sans aucune distinction. Il est privé non seulement de ses droits actuels sur les enfants et descendants déjà nés, mais aussi de ses droits éventuels sur les enfants et descendants à naître [2]. Cela résulte nettement des termes de l'art. 1er « *à l'égard de tous leurs enfants et descendants* ».

Ainsi un ascendant peut être déchu, même du vivant des père et mère, bien qu'à ce moment il n'ait guère que des droits éventuels. La déchéance peut frapper la mère du vivant du père, quoiqu'elle n'ait pas l'exercice de la puissance paternelle. Il faut même aller plus loin : une personne célibataire, veuve ou mariée sans enfants, qui a été frappée des condamnations visées par l'art. 1 [3], est de plein droit privée

(1) Villey, *op. cit.*, n. 438 ; Planiol, I, n. 1741.

(2) Villey, *op. cit.*, n. 42. — Douai, 8 mai 1893, S., 93. 2. 120, D., 93. 2. 401, et la note de M. de Loynes. — Trib. de Montdidier, 14 avril 1905, D., 06. 5. 38.

(3) Nous ne parlons que de la déchéance de plein droit, car, s'il n'y a pas d'enfants ou descendants actuellement vivants, on ne comprend pas que la déchéance puisse être demandée en vertu de l'art. 2.

de la puissance paternelle sur les enfants qu'elle aura plus tard. Bien entendu, la déchéance ne produira ses effets que lorsqu'il y aura des descendants. Cette interprétation de la loi a été formellement indiquée, au cours de la discussion, par M. Boreau-Lajanadie, qui n'a pas été contredit sur ce point [1]. Elle nous paraît tout à fait logique et conforme à l'esprit comme au texte de la loi. Sans doute, la loi parle des père, mère et ascendants ; mais cela n'implique pas nécessairement, comme on l'a prétendu, que la déchéance atteint seulement les individus qui ont *actuellement* cette qualité. Il faut l'entendre en ce sens que la déchéance entraîne la privation des droits que le condamné possède actuellement ou qu'il possèdera plus tard en qualité de père, de mère ou d'ascendant. On a dit encore que, si cette solution était exacte, il en résulterait que le mariage serait interdit à tous ceux qui ont subi les condamnations de l'art. 1. Il n'en est rien ; ces personnes pourront se marier, mais elles n'auront pas sur leurs enfants la puissance paternelle. La loi décide elle-même que le père ou la mère déchu de la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit, est également déchu de la puissance paternelle sur les enfants qui naîtront d'un mariage postérieur [2].

270. Ce que nous avons dit des effets de la déchéance s'applique sans difficulté à la déchéance légale (art. 1 de la loi). Mais les tribunaux ne jouissent-ils pas d'une certaine latitude pour déterminer l'étendue et les effets de la déchéance dans les divers cas prévus par l'art. 2? La question peut se poser sous un double aspect.

I. On peut tout d'abord se demander si les tribunaux doivent se borner à prononcer la déchéance contre les parents indignes, ou s'ils peuvent faire un choix entre les divers attributs de la puissance paternelle. Peuvent-ils déclarer l'ascendant déchu de quelques-uns seulement des attributs de la puissance paternelle, en réservant tous les autres? En

[1] Chambre des députés, séance du 25 mai 1889, *Journ. off.* du 26 mai 1889.

[2] Charmont, *La loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, 1891, p. 510, note ; Leloir, *op. cit.*, I, n. 455 s. — *Contra :* Lallemand, *Ann. de lég. franç.*, IX, p. 272 ; Didier, *op. cit.*, p. 63.

d'autres termes, la déchéance judiciaire de la puissance paternelle est-elle divisible ou indivisible ?

II. On peut encore se demander, et il y a là, dit-on, un point de vue tout différent, si, depuis la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux ont encore, relativement à l'exercice de la puissance paternelle, le pouvoir de contrôle et de surveillance qu'on leur reconnaissait autrefois. Peuvent-ils, sans prononcer la déchéance de la puissance paternelle, soit parce qu'on ne se trouve pas dans un des cas où la loi permet de prononcer cette déchéance, soit parce que cette mesure leur paraît trop rigoureuse, retirer au père ou à la mère qui abuse de son droit l'exercice d'un ou de quelques-uns seulement des attributs de la puissance paternelle, ou en soumettre l'exercice à des conditions déterminées?

271. I. Nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de l'indivisibilité de la déchéance. Et c'est en ce sens que s'est formée la jurisprudence [1].

Telle paraît bien en effet avoir été la pensée du législateur. Le projet portait dans son article 2 : « *Peuvent* être déclarés déchus *de tout* OU PARTIE des mêmes droits » ; et le système de la déchéance partielle, consacré par ce texte, avait été admis par le Sénat dans sa séance du 26 mai 1883. Le conseil d'Etat demanda que la déchéance fût indivisible, et qu'elle dût nécessairement avoir lieu pour le tout dans les cas où elle serait prononcée ; c'était, comme on l'a dit, le système *du tout ou rien* [2]. Il fut donné satisfaction à sa demande par la

(1) Nillus, *op. cit.*, n. 28, 43 ; Surville, I, n. 389 (Cpr. cep. n. 397). — Poitiers, 21 juillet 1893, D., 91. 2. 73, et la note de M. de Loynes, S., 91. 2. 17. — Douai, 8 mai 1893, D., 93. 2. 401, S., 93. 2. 120. — Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 nov. 1893, D., 94. 2. 395. — Paris, 15 décembre 1898, D., 99. 2. 57 et la note. — Trib. Bozinos, 2 août 1902, D., 04. 2. 185 et la note de M. de Loynes. — Trib. Montdidier, 14 avril 1905, D., 06. 5. 38. — Trib. civ. de la Seine, 3 mars 1906, D., 06. 5. 38. — V. cependant en sens contraire, Trib. de Rennes, 18 sept. 1891, D., 94. 2. 398. — Cpr. *infra*, n. 273, III.

(2) Dans le rapport de M. Courcelle-Seneuil nous relevons le passage suivant : « L'art. 2, relatif à la déchéance facultative, a été l'objet de modifications plus « graves. En premier lieu, le conseil a fait disparaître la déchéance partielle ; il « n'a pas admis qu'un enfant pût être utilement soumis à deux puissances rivales, « celle du père et celle du tuteur, ni que la première pût intervenir dans les actes « de l'autre ; il n'a pas compris qu'on pût être père à demi, ou au tiers, ou au quart. « Pour que la condition de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou

suppression des mots *tout ou partie* [1]. Dans l'enceinte législative, le système qui admet la possibilité d'une déchéance partielle trouva quelques partisans. Lors de la deuxième lecture à la chambre des députés (séance du 25 mai 1889), M. Boreau-Lajanadie se fit leur organe. Il demandait par voie d'amendement l'addition des mots *ou de quelques-uns de ces droits ;* cet amendement fut rejeté. Enfin le but que se proposaient les auteurs de la loi ne permet guère de se méprendre sur la portée de celle-ci. Ce qu'on a voulu, c'est mettre un terme à l'arbitraire des tribunaux, en leur retirant le pouvoir réglementaire qui leur était reconnu sous la législation antérieure relativement à la puissance paternelle. Ce but ne serait pas atteint, si l'on attribuait au juge la faculté de prononcer une déchéance partielle des droits attachés à la puissance paternelle. La volonté du législateur paraît donc certaine. La faculté que l'art. 2 de la loi consacre pour le juge par cette formule : « PEUVENT *être déclarés déchus des mêmes droits* », n'est pas celle de diviser les attributs de la puissance paternelle pour en retirer quelques-uns seulement au père ou à la mère indigne, mais bien la faculté de prononcer ou de ne pas prononcer la déchéance totale, la déchéance des *mêmes droits* dont vient de parler l'article précédent, c'est-à-dire de tous les droits attachés à la puissance paternelle. En un mot, dans les diverses hypothèses prévues

» sous l'autre puissance et que celle du père soit entière ou ne soit pas » *J. off.*, ch. des dép., sess. extr. de 1888, *Doc.*, p. 725 s., *Ann.*, n. 3389. — Ce passage du rapport est tout à fait probant en ce sens qu'il nous révèle, d'une manière certaine, la pensée du conseil d'Etat. Il contient cependant une erreur, ou tout au moins une exagération, qu'on n'a pas manqué de relever. M. Courcelle-Seneuil a confondu la puissance paternelle avec la paternité. La paternité est évidemment indivisible : on est père ou on ne l'est pas. Mais la puissance paternelle est parfaitement divisible dans ses attributs légaux. — L'indivisibilité de la déchéance est également affirmée par M. Brueyre, dans son rapport au conseil supérieur de l'Assistance publique.

[1] « Après une nouvelle étude de la question, dit l'exposé des motifs, il nous » semble, en effet, difficile d'admettre que l'indignité des parents, judiciairement » établie, ne constitue pas un état légal indivisible, qu'elle n'entraîne pas comme » conséquence le dessaisissement de tous les droits de la puissance paternelle, » qu'un père soit déclaré indigne à demi ou au tiers, et que, par exemple, il perde » le droit de garde de ses enfants et conserve la gestion de leurs biens : aussi pro- » posons-nous d'abandonner le système de la déchéance partielle ».

à l'art. 2, les juges sont libres de ne pas prononcer la déchéance ; mais lorsqu'ils la prononcent, la déchéance produit exactement les mêmes effets que lorsqu'elle résulte de plein droit d'une des condamnations énumérées à l'art. 1er [1].

272. II. De ce qui précède, nous tirerons également cette conséquence que, lorsque les juges ne prononcent pas la déchéance de la puissance paternelle, il ne leur appartient plus, comme autrefois, de limiter ou réglementer l'exercice de cette puissance. La loi du 24 juillet 1889 a introduit sur ce point un droit nouveau et est venue mettre un terme au pouvoir plus ou moins arbitraire qui était auparavant reconnu aux magistrats [2]. Cette conclusion a été cependant vivement contestée. Sans doute, a-t-on dit, la déchéance de la puissance paternelle est indivisible, *quand elle est prononcée*. Mais il ne s'agit pas ici de déchéance ; il y a simplement réglementation de l'exercice de la puissance paternelle. La loi de 1889 n'est plus alors en cause, car les tribunaux se bornent à exercer un pouvoir de contrôle et de surveillance qui leur appartient naturellement. Bien plus, ajoute-t-on, loin d'abroger les principes suivis antérieurement, la loi nouvelle n'a fait que les consacrer et leur donner une force nouvelle. Les auteurs de cette loi connaissaient la jurisprudence antérieure ; ils s'y sont référés à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires, et tout porte à croire qu'ils ont entendu maintenir les errements anciens. Seulement, à côté du procédé jurisprudentiel, ils ont inauguré un procédé en grande partie nouveau, qui, dans bien des cas, sera plus efficace : c'est la déchéance de la puissance paternelle. Ils ont augmenté le nombre des cas de déchéance et étendu, par là, les pouvoirs des juges. Il est inadmissible qu'ils aient eu en même temps l'intention de diminuer ces pouvoirs. Et de ce que les juges peuvent aujourd'hui prononcer la déchéance dans des cas où autrefois cette faculté ne leur appartenait pas, il faut évidemment conclure qu'ils ont conservé le pouvoir restreint de réglementation qu'on leur reconnaissait

[1] Circulaire du ministre de l'intérieur du 16 août 1889.

[2] Paris, 24 juin 1892, D., 93. 2. 81, S., 93. 2. 228. — Trib. de Villeneuve-sur-Lot, 25 nov. 1896, D., 97. 2. 356. — Paris, 20 mai 1898, D., 99. 2. 447.

auparavant. En conséquence, si les tribunaux jugent trop sévère la déchéance de la puissance paternelle, ils peuvent se borner à retirer provisoirement au père l'exercice de tel ou tel des attributs de cette puissance. Il en sera de même dans les cas où la déchéance ne pourra pas être prononcée, parce que l'on ne se trouvera pas en présence de l'une des causes déterminées par la loi [1].

Cette argumentation nous paraît plus spécieuse que solide. L'ancienne jurisprudence s'expliquait par le silence de la loi, et elle était, nous l'avons vu, passablement arbitraire. En fait, les solutions admises par les tribunaux variaient beaucoup, et il n'y avait pas de règles bien précises. Les auteurs de la loi de 1889 ont voulu précisément substituer des règles fixes à cet arbitraire et à ces incertitudes. Ils ont indiqué en termes précis les cas dans lesquels les tribunaux peuvent intervenir et ce qu'ils peuvent faire. — Au fond, quoi qu'on en dise, le contrôle des tribunaux se traduisait par une déchéance partielle et provisoire de la puissance paternelle. Cela est si vrai, que la loi a précisément prévu, comme causes de déchéance facultative, un certain nombre des cas qui motivaient anciennement l'intervention des tribunaux. — On nous oppose la maxime : qui peut le plus, peut le moins. Mais il n'est rien de trompeur comme une maxime de ce genre. De ce que les tribunaux sont autorisés par la loi à prendre telle ou telle mesure, il ne résulte pas nécessairement qu'ils aient le pouvoir de prendre une mesure différente, mais de moindre portée. Le législateur est seul juge de ce qu'il convient de faire. Or il paraît bien, à tort ou à raison, avoir admis le système du *tout ou rien* [2].

273. En résumé, les tribunaux ne peuvent plus aujourd'hui porter aucune atteinte aux droits attachés à la puissance paternelle, en dehors des cas limitativement déterminés par

[1] Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet 1889*, p. 49; Bourcart, note S., 91. 2. 17; Testoud, *Rev. crit.*, 91, p. 23 s.; Charmont, *Rev. crit.*, 91, p. 516 s.; Planiol, I, n. 1729 et 1749; Surville, I, n. 397. — Trib. de la Seine, 6 août 1896, D., 99. 2. 57. — Cpr. Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 197.

[2] La loi du 19 avril 1898, d'ailleurs, est venue, dans une certaine mesure, restituer aux tribunaux leur pouvoir de contrôle.

la loi. Tel est du moins le principe. Il est certaines hypothèses exceptionnelles dans lesquelles les juges ont conservé le pouvoir de réglementation qui leur était autrefois reconnu.

I. Ainsi l'art. 302 C. civ., qui n'a certainement pas été abrogé par la loi nouvelle, confère aux tribunaux la mission de statuer sur l'exercice de la puissance paternelle, lorsque les auteurs de l'enfant sont divorcés (ou séparés de corps). V. *Traité des personnes*, IV, n. 270 s., 318 s.

II. De même encore, la loi du 2 juil. 1907, confirmant sur ce point la jurisprudence antérieure, a permis aux tribunaux, dans le cas où un enfant naturel a été reconnu par ses deux auteurs, de confier l'exercice de la puissance paternelle à celui des père et mère que la loi ne désigne pas pour l'exercer (art. 383 al. 2 nouveau).

III. D'après la jurisprudence [1], les tribunaux peuvent encore régler les relations de l'enfant avec ses grands-parents, lorsqu'un conflit s'élève à ce sujet entre les ascendants et le père investi de la puissance paternelle. Les arrêts de la cour de cassation distinguent, à cet égard, entre le *droit de garde* qui appartient exclusivement au père, et le *droit de visite* des ascendants [2].

Le père est seul investi du droit de garde, et, en dehors des cas d'indignité déterminés par la loi, les tribunaux n'ont pas le droit de l'en dessaisir, même momentanément. Ils ne le peuvent pas, alors même que l'intérêt des enfants semblerait l'exiger. Le droit exclusif de garde qui appartient au père comporte pour celui-ci « non seulement le droit de veiller à « l'éducation de ses enfants, mais encore le droit de leur « interdire, même avec les membres de la famille, toute « communication qui lui paraîtrait contraire à leur intérêt » [3].

(1) V. cependant Poitiers, 21 juil. 1890, D., 91. 2. 73, et les observations de M. de Loynes. — Cet arrêt semble nier que les tribunaux puissent intervenir entre le père et les ascendants, sinon pour prononcer la déchéance de la puissance paternelle, dans les cas prévus par la loi.

(2) V. les conclusions de M. l'avocat général Cruppi, sous Cass., 12 fév. 1894, D., 94. 1. 218, S., 94. 1. 240.

(3) Cass., Chambre civile, 28 juill. 1891, D., 92. 1. 70, S., 91. 1. 385. — *Adde* Cass., 12 fév. 1894, *supra*.

Mais ce droit est tempéré par le droit de visite des ascendants. Ces derniers ont incontestablement des droits sur la personne de leurs descendants. Ces droits sont consacrés, d'une part, par l'art. 371, qui, de l'avis de tous, est applicable à tous les ascendants, et non pas seulement au père et à la mère ; d'autre part, par les nombreux textes du code civil qui établissent et qui sanctionnent des droits et des devoirs réciproques entre les ascendants et les descendants ; enfin, par la loi du 24 juillet 1889 elle-même. Celle-ci édicte contre les ascendants la déchéance de la puissance paternelle ; elle reconnaît donc qu'ils ont des droits de puissance paternelle, *lato sensu ;* à ses yeux, les enfants, dans une certaine mesure, appartiennent à leurs ascendants (1).

Puisque les ascendants ont des droits sur la personne de leurs descendants, il est inadmissible que leurs droits restent dépourvus de sanction. Il faut qu'ils puissent les invoquer devant les tribunaux, pour les faire respecter par le père, si celui-ci les méconnaît. Dans ce conflit qui s'élève entre les ascendants et le père, les tribunaux devront déterminer les limites de leurs droits respectifs. Cette détermination est évidemment des plus délicates. Comme le dit la cour de cassation, les juges devront tenir compte « de ce qu'exigent » d'une part la puissance paternelle et, d'autre part..... les » devoirs et les droits moraux qui rattachent les ascendants » à leurs petits-enfants » (2). — Ils doivent « concilier les » exigences des art. 372 et 374 avec la prescription non » moins impérative de l'art. 371 » (3).

La cour de cassation ajoute que les tribunaux exercent ainsi un *pouvoir régulateur,* un *droit de contrôle* sur l'exercice de la puissance paternelle, dans le but d'en régler l'usage et d'en prévenir les abus. L'expression est peut-être malheureuse, car elle paraît faire allusion à ce pouvoir arbitraire des juges, auquel la loi de 1889 a voulu mettre fin. Il serait plus exact de dire que les tribunaux, en statuant sur le conflit qui s'est élevé entre le père et les ascendants, se

(1) De Loynes, note, D., 90. 2. 25.
(2) Arrêt du 28 juil. 1891, *supra.*
(3) Arrêt du 12 février 1894, *supra.*

bornent à délimiter les droits respectifs qui leur sont reconnus par la loi. Ils ne restreignent pas les droits de la puissance paternelle; leur rôle consiste à en contenir l'exercice dans les limites, assez peu précises d'ailleurs, que la loi en a tracées.

Ainsi, le droit des ascendants est lésé, lorsque le père « interdit, sans motifs graves, toute communication entre ses « enfants et leurs ascendants, ou ne la veut permettre que « sous des conditions pénibles ou blessantes pour la dignité « de ceux-ci » (1). Les magistrats peuvent ordonner, en conséquence, que les grands-parents seront autorisés à voir leurs petits-enfants, soit dans la pension où ceux-ci sont placés, soit chez leur père, soit chez une tierce personne, et qu'ils pourront s'entretenir avec eux librement et sans témoins. Il pourra même être décidé que les petits-enfants seront conduits, à certaines époques, chez leurs ascendants. Mais le jugement porterait atteinte au droit de garde et à l'autorité du père, s'il ordonnait que les enfants passeraient plusieurs jours chez leurs grands-parents, par exemple à l'occasion des vacances. Car ils seraient ainsi soustraits à l'autorité et à la garde de leur père et échapperaient à sa direction. Il ne faut pas, en effet, que les relations des enfants avec leurs grands-parents dépassent les proportions d'une simple visite, et que la garde des enfants soit retirée au père, pour être confiée aux ascendants, même pendant quelques jours (2).

(1) Cass., 28 juil. 1891, *supra*.

(2) Cette distinction est très généralement admise par les arrêts. Agen, 6 nov. 1889, D., 90. 2. 25, et la note de M. de Loynes. — Cass., 28 juil. 1891, *supra*. — Paris, 26 fév. 1892, D., 92. 2. 311. — Lyon, 13 juil. 1893, D., 94. 1. 218. — Cass., 12 fév. 1894, *supra*. — Cpr. Paris, 24 juin 1892, S., 93. 2. 228, D., 93. 2. 81, et les observations critiques de M. de Loynes. — Certains arrêts ont décidé que les enfants peuvent être confiés aux grands-parents pendant plusieurs jours, sans que cela porte atteinte aux droits du père. — Aix, 12 nov. 1890, sous Cass., 18 juil. 1891, *supra*. — Nîmes, 3 août 1898, D., 99. 2. 381, S., 99. 2. 20. — Le tribunal correctionnel de la Seine a décidé, à tort selon nous, le 27 fév. 1902, D., 02. 2. [illegible], que le père qui refuse d'exécuter le jugement lui enjoignant de conduire ses enfants chez leurs grands-parents peut être condamné par application de la loi du 5 déc. 1901. — *Contra*. Paris, 13 fév. 1903, D., 03. 2. 374, S., 03. 2. 279. La Cour décide avec raison que la loi du 5 déc. 1901 n'est pas applicable à cette hypothèse, qui n'a pas été prévue par elle.

IV. Avant la loi du 24 juillet 1889, il était admis à peu près unanimement que l'administration légale du père (art. 389) était soumise au contrôle et à la surveillance des tribunaux, et que ceux-ci pouvaient prononcer la destitution du père administrateur légal lorsque sa gestion attestait son incapacité ou son infidélité (1). On invoquait ordinairement en ce sens la disposition de l'art. 444 C. civ., qui, disait-on, devait être appliquée, par identité de motifs, au père administrateur légal. Comme le tuteur, le père est investi, en effet, d'un mandat légal ; il doit administrer en bon père de famille ; s'il ne le fait pas, non seulement sa responsabilité est engagée envers son enfant, mais encore il doit être permis de le destituer de ses fonctions. Les intérêts pécuniaires de l'enfant ne peuvent être laissés entre les mains d'un administrateur incapable ou infidèle. Bien entendu la destitution du père ne sera pas prononcée par le conseil de famille, car, à la différence du tuteur, le père n'est pas sous la dépendance du conseil de famille. C'est donc aux tribunaux qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires.

Cette solution doit-elle être maintenue depuis la loi du 24 juillet 1889? La jurisprudence (2) et les auteurs (3) paraissent bien se prononcer en faveur de l'affirmative. Les pouvoirs d'administrateur sont conférés au père dans l'intérêt de l'enfant; c'est une obligation pour le père d'administrer, et cette obligation ne peut pas rester dépourvue de sanction. On ajoute que la loi du 24 juillet 1889 a reconnu implicitement le droit d'intervention des tribunaux en cette matière, puisqu'elle leur a conféré le droit, bien autrement important, de prononcer contre le père la déchéance totale de la puissance paternelle (4). L'exactitude de cette manière de voir a été cependant contestée. La loi du 24 juillet 1889, a-t-on dit,

(1) Marcadé, II, n. 151; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, texte et note 17; Demolombe, VI, n. 424 s. — *Contra* : Laurent, IV, n. 321.

(2) Lyon, 13 nov. 1894, S., 95. 2. 145. — Cpr. Paris (motifs), 14 juin 1901, S., 03. 2. 10. — Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 197.

(3) Vigié, I, n. 819; Aubry et Rau, 5e édit., I, § 123, texte et notes 9 et 13; Planiol, I, n. 1722.

(4) Planiol, *loc. cit.* — Ce dernier argument n'a pas grande valeur, comme nous l'avons montré.

a voulu mettre un terme à l'arbitraire des tribunaux en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle. N'est-ce pas aller contre les intentions du législateur que de permettre aux tribunaux de prononcer la déchéance du père administrateur légal? L'administration légale étant une conséquence de la puissance paternelle, n'est-ce pas autoriser les tribunaux à prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle [1]?

§ IV. *De la protection des enfants mineurs dont les parents sont déchus de la puissance paternelle.*

274. Ce n'est pas tout de retirer la puissance paternelle au père ou à la mère indigne [2]; il faut donner aux enfants un nouveau protecteur. Avec la loi, nous distinguerons deux hypothèses.

275. Première hypothèse. — Le père seul a encouru la déchéance de la puissance paternelle, et la mère est vivante et capable [3]. Il paraîtrait assez naturel d'appeler la mère de plein droit à remplacer le père dans l'exercice de cette

[1] Huc, III, n. 250; Thomas, *Revue génér. du droit*, 1899, p. 220. — Il est certain néanmoins que la solution indiquée au texte produirait des conséquences désastreuses pour les intérêts du mineur, étant donné l'étendue considérable des pouvoirs d'administration conférés au père. Si la destitution du père ne peut être prononcée par les tribunaux, l'enfant sera dépourvu de toute protection, si le père se trouve dans aucun des cas de déchéance indiqués par la loi. — La loi de 1889 paraît s'être préoccupée surtout de la défense de la personne et des intérêts moraux de l'enfant. Cela résulte des travaux préparatoires et aussi du texte de la loi. Les causes de déchéance visées par les art. 1 et 2 résultent de faits qui dénotent l'indignité personnelle des parents et non pas nécessairement leur inaptitude à gérer la fortune de l'enfant. De sorte que l'on peut fort bien soutenir que la loi de 1889 n'a pas touché aux règles suivies autrefois en ce qui concerne l'administration légale et qu'elle n'a voulu mettre un terme au pouvoir de contrôle des tribunaux qu'en ce qui touche le soin de la personne.

[2] Nous laissons de côté le cas, que la loi n'a même pas eu besoin de prévoir, où la déchéance est encourue par un ascendant autre que le père ou la mère. Le droit commun fournit alors à l'enfant une protection suffisante. Il y a simplement lieu, dans le cas où la tutelle de cet enfant, antérieurement ouverte, était confiée à l'ascendant déchu, de procéder à la nomination d'un nouveau tuteur.

[3] Le cas où la puissance paternelle est retirée à la mère seule, le père étant actuellement vivant et capable, ne peut donner lieu à aucune difficulté. Le père conserve l'exercice de la puissance paternelle, et il n'y a pas lieu à l'organisation de la tutelle. Celle-ci sera organisée au décès du père, et la mère en sera exclue.

puissance. Mais il y aurait à redouter l'influence du père, qui souvent aurait exercé en fait la puissance paternelle attribuée à la mère. Aussi le législateur de 1889 a-t-il réservé, dans tous les cas, au tribunal le soin de décider si l'exercice de la puissance paternelle doit passer à la mère. L'intérêt des enfants dictera la décision du juge. L'art. 9 de la loi dit à ce sujet : « *Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par » le père, le ministère public ou les parents désignés à l'art. 3 » saisissent sans délai la juridiction compétente, qui décide » si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de » la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le code » civil. Dans ce cas, il est procédé comme à l'art. 4. Les art. » 5, 6 et 7 sont également applicables. — Toutefois, lorsque » les tribunaux répressifs prononceront les condamnations pré- » vues aux art. 1 et 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront » statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les » conditions établies par la présente loi. — Dans le cas de » déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue » par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des » enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne » ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la » chambre du conseil, dans les termes de l'art. 5, pour la » période du premier âge. — Si le père déchu de la puis- » sance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle » femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au » tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces » enfants* ».

Le tribunal peut donc ou maintenir la mère dans l'exercice de la puissance paternelle, ou le lui enlever. Dans le premier cas, la mère exercera tous les droits qui découlent de la puissance paternelle. Elle aura notamment : le droit de correction, avec les restrictions cependant qui sont édictées par l'art. 381 C. civ. ; le droit d'administration légale, car la tutelle n'est pas ouverte ; le droit de jouissance légale, contre-partie des charges qu'entraîne l'exercice de la puissance paternelle [1]. La situation ainsi faite à la mère sera

[1] Leloir, *op. cit.*, I, n. 469.

évidemment des plus délicates. Aussi le tribunal lui enlèvera-t-il l'exercice de la puissance paternelle, lorsqu'il y aura lieu de redouter l'influence du père. Dans ce cas, remarquons-le, la mère n'est pas déchue de la puissance paternelle. C'est seulement l'*exercice* des droits attachés à la puissance paternelle qui lui est retiré, mais elle en conserve la jouissance. La tutelle sera organisée conformément aux art. 10 et 11 (*infra*, n. 276). Et le tuteur aura les pouvoirs qui lui sont conférés au cas où les enfants placés sous sa tutelle ne sont pas en même temps soumis à la puissance paternelle. La mère est, en principe, privée de tous ses droits de puissance paternelle; la disposition de l'art. 9 est en effet absolument générale. Il y a lieu cependant de faire une réserve pour ceux qui sont visés par l'art. 14 ainsi conçu : « *En cas de déchéance de la puissance paternelle, les droits du père et, à défaut du père, les droits de la mère, quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation, sont exercés par les mêmes personnes que si les père et mère étaient décédés, sauf les cas où il aura été décidé autrement en vertu de la présente loi* ». Ce texte, dont la partie finale est rédigée en termes assez ambigus, doit, à notre avis, être interprété en ce sens que les droits relatifs aux objets visés par l'art. 14 ne peuvent pas être enlevés à la mère par le tribunal, lorsque celui-ci prononce la déchéance de la puissance paternelle (1).

Le dernier alinéa de l'art. 9 prévoit le cas où le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, duquel naissent des enfants. Le père n'aura pas sur ceux-ci la puissance paternelle, mais la mère peut demander au tribunal de lui en conférer l'exercice (2).

(1) Nillus, *op. cit.*, n. 154; Leloir, *op. cit.*, I, n. 463. Nous pensons de même que la mère conserve le droit de jouissance légale. Nillus, *op. cit.*, n. 122.

(2) On peut supposer deux autres cas voisins, que la loi n'a pas prévus : 1° Un homme, avant son mariage, a été frappé de condamnations entraînant la déchéance de la puissance paternelle. Il se marie et il a des enfants. La mère n'a pas de plein droit par eux l'exercice de la puissance paternelle (arg. art. 9), mais elle peut demander au tribunal de le lui attribuer. Même solution pour le cas où un homme marié, sans enfants, devient veuf, ou divorce, et contracte ensuite un nouveau mariage. — 2° Une femme a des enfants issus d'un premier mariage; elle con-

276. Deuxième hypothèse. — Elle est prévue par l'art. 10, ainsi conçu : « *Si la mère est prédécédée, si elle a été déclarée » déchue, ou si l'exercice de la puissance paternelle ne lui est » pas attribué, le tribunal décide si la tutelle sera constituée » dans les termes du droit commun, sans qu'il y ait, toutefois, » obligation pour la personne désignée d'accepter cette charge. » — Les tuteurs institués en vertu de la présente loi remplis- » sent leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés de l'hy- » pothèque légale du mineur. Toutefois, au cas où le mineur » possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal peut » ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit cons- » tituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée* ». Comme on le voit, l'hypothèse dont il s'agit à l'art. 10 en comprend en réalité plusieurs que la loi soumet à des règles identiques : la déchéance est prononcée contre le père et la mère; elle est encourue par un seul des deux auteurs, l'autre étant décédé; ou bien encore, le père seul est déchu de la puissance paternelle, mais l'exercice de cette puissance n'a pas été attribué à la mère [1].

277. Le tribunal décide, nous dit le texte, si la tutelle sera

tracte une nouvelle union avec un homme déchu de la puissance paternelle. Elle conserve incontestablement ses droits de puissance paternelle, et cela sans qu'il soit besoin d'une décision de justice. La règle de l'art. 9 est certainement inapplicable, car les enfants de la femme sont étrangers au mari (Charmont, *op. cit.*, p. 515, note 1; Leloir, I, p. 355, note 1). Mais alors se pose la question de savoir si le conseil de famille peut maintenir la mère dans la tutelle de ses enfants du premier lit. Nous pensons qu'il faut répondre négativement, car la cotutelle ne peut être confiée au mari (V. art. 395 et 396).

[1] L'art. 10 ne prévoit pas le cas où la mère est déchue de la puissance paternelle, le père étant prédécédé. Mais cette hypothèse est évidemment soumise aux mêmes règles que l'hypothèse où le père est déchu après le décès de la mère. D'autre part, le texte paraît dire que, dans le cas du prédécès de la mère et de la déchéance du père (ce qui doit s'entendre aussi du cas du prédécès du père et de la déchéance de la mère), le tribunal aura toujours à statuer sur l'organisation de la tutelle. Cela n'est pas absolument exact. Il en sera ainsi seulement dans le cas où le survivant des père et mère, aujourd'hui déchu de la puissance paternelle, était investi de la tutelle. Mais il en sera autrement dans l'hypothèse où, pour une cause quelconque, la tutelle des enfants était conférée à une personne autre que le survivant. La déchéance de la puissance paternelle ne peut évidemment porter aucune atteinte à l'organisation de la tutelle qui est déjà constituée. Tout ce qui en résultera, c'est que les pouvoirs du tuteur et du conseil de famille seront augmentés par l'adjonction de certains des attributs de la puissance paternelle.

constituée dans les termes du droit commun. Il ne peut s'agir ici que de la tutelle dative. Conformément au droit commun, cette tutelle sera déférée par le conseil de famille [1]. Le tribunal commettrait un excès de pouvoirs, s'il désignait lui-même le tuteur. Tout au plus peut-il donner acte à telle personne de ce qu'elle est disposée à accepter la tutelle. Cette tutelle diffère de la tutelle ordinaire à deux points de vue : tout d'abord, elle ne constitue pas une charge obligatoire; les auteurs de la loi ont pensé que la déchéance de la puissance paternelle, résultant d'une appréciation de l'homme, n'a pas le caractère fatal de la mort, et que d'ailleurs, si le tuteur refuse, on a la ressource de la tutelle de l'Assistance publique. De ce que le tuteur n'est pas tenu d'accepter la mission qui lui est offerte, on peut conclure qu'il peut se démettre de ses fonctions après les avoir acceptées [2]. En second lieu, la tutelle dont il s'agit diffère encore de la tutelle ordinaire en ce que les biens du tuteur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale du mineur (Cpr. L. 30 juin 1838, art. 34, al. 2).

278. Si le tribunal ne décide pas que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun, la tutelle est conférée *de plein droit* à l'Assistance publique. Art. 11 : « *Si la tutelle n'a pas été constituée conformément à l'article précédent, elle est exercée par l'Assistance publique, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849, ainsi qu'à l'article 24 de la présente loi. Les dépenses sont réglées conformément à la loi du 5 mai 1869. — L'Assistance publique peut, tout en gardant la tutelle, remettre les mineurs à d'autres établissements et même à des particuliers* ».

La tutelle que l'Assistance publique est appelée à exercer en vertu de ce texte est réglementée aujourd'hui par la loi du 27 juin 1904 (modifiée elle-même par la loi du 18 décembre 1906), qui a abrogé les lois des 15 pluviôse an XIII et 5 mai 1869 [3].

[1] V. esp. Charmont, *loc. cit.*, 1894, p. 520.

[2] Sillol, *op. cit.*, n. 133; Lebon, *op. cit.*, p. 361, note 2.

[3] Aux termes des art. 2-3° et 6-4° de la loi du 27 juin 1904, sont qualifiés « pupilles de l'Assistance » et placés sous la tutelle de l'autorité publique, les

La tutelle de l'Assistance publique est *de droit :* elle a lieu par cela seul que le tribunal n'a pas décidé que la tutelle serait constituée dans les termes du droit commun [1]. Suivant les cas, elle a un caractère provisoire ou définitif. Elle est provisoire, lorsque le tribunal n'a pris aucune décision relativement à l'organisation de la tutelle. Sans doute, il se peut qu'en fait l'Assistance publique garde la tutelle; mais il se peut aussi qu'elle en soit privée par une décision du tribunal, saisi conformément à l'art. 9. La tutelle de l'Assistance publique est au contraire définitive, lorsque le tribunal a refusé de constituer la tutelle dans les termes du droit commun, ou, à plus forte raison, lorsqu'il a expressément décidé que les enfants seraient confiés à l'Assistance publique. Elle durera alors jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, ou jusqu'à ce que la puissance paternelle soit restituée aux parents dans les conditions indiquées par la loi. C'est pour éviter ces incertitudes que l'art. 9, al. 1, décide que les parents ou le ministère public doivent, sans délai, saisir de la question la juridiction compétente.

La tutelle de l'Assistance publique ne cesse pas par la mort des père et mère déchus de la puissance paternelle, et les personnes qui auraient droit à la tutelle ordinaire ne peuvent pas la réclamer. Car les motifs qui les ont fait écarter subsistent toujours.

Le tribunal, lorsqu'il écarte la tutelle du droit commun, ne peut pas décider que les enfants seront confiés à tel ou tel établissement hospitalier qu'il désigne; le choix de l'établissement appartient à l'Administration. Il ne peut pas non plus confier les enfants à un établissement privé ou à un particulier, mais l'Assistance publique peut user du droit de placement que la loi lui confère.

enfants dont les parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle en vertu du titre 1er de la loi du 24 juillet 1889.

[1] Leloir, *op. cit.*, I, n. 478. Les dispositions de l'art. 11 de la loi de 1889 n'ont pas été modifiées sur ce point par la loi du 27 juin 1904. Aujourd'hui, comme avant la promulgation de cette dernière loi, l'Assistance publique n'exerce la tutelle que dans le cas seulement où le tribunal n'a pas décidé qu'elle sera organisée dans les termes du droit commun. V. à ce sujet le rapport présenté par M. Bienvenu-Martin à la chambre des députés (*Journ. off.*, Docum. parlem., sess. ordin. 1904, Ann. n. 1675, p. 580).

279. Telles sont les mesures que les tribunaux ont à prendre en faveur des enfants dont les parents sont déchus de la puissance paternelle [1]. Par quels tribunaux et à quel moment peuvent-elles être prises? Il convient de faire, à cet égard, les distinctions suivantes :

I. *Déchéance de plein droit.* — Le tribunal répressif, qui prononce la condamnation d'où résulte la déchéance, peut, *par le même jugement,* statuer sur les mesures que la déchéance rend nécessaires (art. 9, al. 2). S'il ne l'a pas fait, l'art. 9 al. 1er dispose que les parents ou le ministère public saisiront, sans délai, la juridiction compétente, c'est-à-dire le tribunal civil. La loi dit : *sans délai.* Elle veut, en effet, que la situation de l'enfant soit réglée le plus promptement possible. Mais il n'y a pas de délai fatal dont l'observation soit imposée à peine de forclusion. Les parents peuvent agir à un moment quelconque pour demander au tribunal de décider que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun ; et, s'il est fait droit à leur demande, la tutelle provisoire de l'Assistance publique prendra fin [2].

II. *Déchéance facultative.* — La juridiction répressive qui prononce cette déchéance peut aussi statuer par le même jugement sur l'organisation de la tutelle, et, le cas échéant, sur les droits de la mère. Si elle ne l'a pas fait, il faudra se pourvoir devant le tribunal civil. Il est clair d'ailleurs que le tribunal civil sera seul compétent, lorsque c'est lui qui a prononcé la déchéance. Généralement, il statuera par le même jugement, mais il se peut aussi qu'il statue par une sentence ultérieure [3].

[1] Une autre mesure peut encore être prise exceptionnellement : c'est l'organisation d'une tutelle officieuse. Nous en parlerons plus loin.

[2] Lelair, *op. cit.*, I, n. 183.

[3] Il se peut en effet qu'au moment où la déchéance est prononcée, le tribunal n'ait pas à statuer sur l'organisation de la tutelle, et que la nécessité ne s'en fasse sentir que plus tard. C'est ce qui se produira dans les hypothèses suivantes :

A. Supposons que la déchéance ait été prononcée contre la mère seule, le père étant encore vivant. Il n'y a pas lieu, alors, d'organiser la tutelle (*supra,* p. 328, note 3). Puis le père décède, la mère vivant encore. Nous pensons que l'art. 10 doit être alors appliqué. Par la déchéance qui l'a atteinte, la mère est écartée tant de la tutelle légale que de l'exercice de la puissance paternelle. La tutelle doit être attribuée à l'Assistance publique, à moins que, sur la demande des personnes

280. Les pouvoirs que l'art. 10 confère au tribunal sont-ils épuisés par une seule décision, ou peuvent-ils être exercés plusieurs fois? La question se pose dans les deux cas suivants :

I. Le père seul ayant encouru la déchéance de la puissance paternelle, le tribunal a laissé à la mère l'exercice de cette puissance. La mère vient ensuite à mourir. Il semble bien que la tutelle soit alors déférée de plein droit à l'Assistance publique, mais que l'on peut demander aux juges de décider, par une sentence nouvelle, que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun, conformément aux prescriptions de l'art. 10. Sans doute cette solution n'est pas expressément indiquée par le texte, mais elle est tout à fait conforme à l'esprit de la loi, qui paraît bien frapper de suspicion la famille tout entière, et veut que le tribunal soit appelé à examiner sa situation morale, lorsque l'un des auteurs est déchu de la puissance paternelle. Or le tribunal n'a pas eu à statuer sur ce point, puisqu'il a maintenu la mère dans l'exercice de la puissance paternelle. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit saisi, lorsque la mère disparaît [1].

II. Par application de l'art. 10, le tribunal a décidé que la

désignées à l'art. 3, le tribunal ne décide qu'elle doit être constituée dans les termes du droit commun. On ne voit pas pourquoi, en effet, on suivrait, dans ce cas, une règle différente de celle qui doit être observée lorsque la mère est déchue en même temps que le père ou après la mort du père. Dans tous ces cas, la tutelle de la famille est devenue suspecte. Leloir, *op. cit.*, I, n. 483.

B. La déchéance de la puissance paternelle est encourue par un ascendant, *du vivant des deux auteurs*. Puis les père et mère décèdent, le survivant ayant été, par hypothèse, investi de la tutelle. Sans la déchéance, l'ascendant, on le suppose, aurait été appelé à la tutelle légale, à défaut de tuteur testamentaire et d'ascendant plus proche. Or, par suite de la déchéance, il est exclu de la tutelle. Faudra-t-il alors appliquer l'art. 10 et déférer la tutelle à l'Assistance publique, à moins de décision contraire du tribunal? En faveur de l'affirmative, on invoque un argument d'analogie (Leloir, *op. cit.*, I, n. 483). La solution contraire nous paraît préférable. Elle a pour elle le texte, qui prévoit seulement le cas de la déchéance des père et mère ou de l'un d'eux. Puis la situation n'est pas la même que dans l'hypothèse précédente. Quand le père ou la mère est frappé de déchéance, la famille tout entière est à bon droit suspecte. Mais l'indignité d'un seul des ascendants ne peut pas faire suspecter les autres. En conséquence nous déciderons que la tutelle sera de plein droit déférée suivant les règles du droit commun et soumise à toutes les règles de la tutelle ordinaire.

[1] Leloir, *op. cit.*, n. 484.

tutelle sera constituée dans les termes du droit commun. En conséquence, le conseil de famille a nommé un tuteur, qui a accepté. Le tribunal ne peut pas, croyons-nous, à moins que ce tuteur ne soit un ascendant qui se trouve dans un des cas de déchéance prévus par la loi, lui retirer ses fonctions. Mais supposons que la tutelle ait pris fin par la mort du tuteur, par sa démission, ou par sa destitution prononcée par le conseil de famille. On a dit que, dans ce cas, la tutelle revient de droit à l'Assistance publique, mais que le tribunal, sur la demande des personnes énumérées à l'art. 3, peut exercer de nouveau les pouvoirs à lui conférés par l'art. 10 [1]. Nous hésitons à accepter cette solution. Le tribunal a déjà écarté la tutelle de l'Assistance publique, manifestant ainsi sa confiance dans la tutelle de la famille, et le conseil de famille a librement élu le tuteur. La décision du tribunal n'a pas été prise en considération de la personne de ce tuteur, puisqu'il ne le connaissait pas. Dès lors on ne voit pas pourquoi la famille deviendrait suspecte par ce fait que les fonctions du tuteur ont pris fin. Il y aura donc lieu simplement à la nomination d'un nouveau tuteur, dans les termes du droit commun, c'est-à-dire dans les conditions déterminées par l'art. 10.

Lorsque le tribunal a refusé de constituer la tutelle dans les termes du droit commun, il est certain que sa décision est définitive. On ne peut pas lui demander de dessaisir l'Assistance publique [2].

281. Aux termes de l'art. 12 : « *Le tribunal, en prononçant sur la tutelle, fixe le montant de la pension qui devra être payée par les père et mère et ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne peut être exigé aucune pension* ». Cpr. L. 27 juin 1904, art. 38.

282. La constitution d'une tutelle officieuse sur l'enfant est une mesure exceptionnelle qui peut être prise par le tri-

[1] Leloir, *op. et loc. cit.*; Nillus, *op. cit.*, n. 134. D'après M. Leloir, ces pouvoirs n'appartiendraient au tribunal que si les auteurs dont la déchéance a entraîné l'organisation de la tutelle sont encore vivants. S'ils sont décédés, la tutelle serait dévolue dans les termes du droit commun.

[2] Leloir, *op. cit.*, I, n. 184.

bunal. Ce cas est prévu par l'art. 13, ainsi conçu : « *Pendant* » *l'instance en déchéance, toute personne peut s'adresser au* » *tribunal par voie de requête, afin d'obtenir que l'enfant lui* » *soit confié. — Elle doit déclarer qu'elle se soumet aux obli-* » *gations prévues par le paragraphe 2 de l'art. 364 du Code* » *civil, au titre de la tutelle officieuse.— Si le tribunal, après* » *avoir recueilli tous les renseignements, et pris, s'il y a lieu,* » *l'avis du conseil de famille, accueille la demande, les dis-* » *positions des art. 365 et 370 du même Code sont applicables.* » *— En cas de décès du tuteur officieux avant la majorité du* » *pupille, le tribunal est appelé à statuer de nouveau, confor-* » *mément aux articles 11 et 12 de la présente loi. — Lorsque* » *l'enfant aura été placé par les administrations hospitalières* » *ou par le directeur de l'assistance publique de Paris chez un* » *particulier, ce dernier peut, après trois ans, s'adresser au* » *tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié dans* » *les conditions prévues aux dispositions qui précèdent* ».

Les cas dans lesquels une tutelle officieuse peut être organisée sont très clairement indiqués par le texte. Cette tutelle officieuse est très notablement différente de l'institution que le code civil désigne sous ce nom. Cela a été dit souvent au cours des travaux préparatoires. Elle en diffère aux points de vue suivants :

1° La tutelle officieuse du code civil est le préliminaire d'une adoption que se propose de réaliser la personne qui accepte la tutelle officieuse. Le tuteur officieux de la loi de 1889 est mû simplement par un sentiment de bienfaisance, sans aucune pensée d'adoption ;

2° La tutelle officieuse de la loi de 1889 soumet celui qui l'accepte à des charges moindres que la tutelle officieuse du code civil. Il suffit que le tuteur officieux déclare se soumettre aux obligations prévues par l'art. 364 al. 2 C. civ., c'est-à-dire qu'il contracte l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie.

3° La loi de 1889 ne subordonne pas la délation de la tutelle officieuse aux conditions prescrites par le code civil. Il n'est pas nécessaire que le tuteur soit âgé de plus de cinquante ans, qu'il soit sans enfants ni descendants légitimes ;

la loi de 1889 n'exige pas non plus que l'enfant ait moins de quinze ans révolus. Ces diverses conditions s'expliquent pour la tutelle officieuse du code civil, parce que celle-ci est conférée en vue de l'adoption. Elles n'ont pas de raison d'être en notre matière [1].

4° Enfin la tutelle officieuse de la loi de 1889 ne produit pas les effets de celle qui est organisée par le code civil. Le pupille ne peut rien réclamer à son tuteur officieux, ou aux héritiers de celui-ci, s'il n'est pas adopté ou si son tuteur décède avant qu'il n'ait atteint sa majorité. Dans ce dernier cas, le tribunal statue sur le sort de l'enfant (art. 13, al. 4). Nous ne pensons pas que le tuteur officieux puisse conférer à son pupille l'adoption par acte testamentaire. On ne peut appliquer l'art. 366 du code civil à une tutelle officieuse qui est conférée en dehors de toute vue d'adoption [2].

282 *bis*. Des dispositions contenues dans l'art. 13 de la loi du 24 juillet 1889 il convient de rapprocher celles qui sont édictées par la loi du 27 juin 1904, dont l'art. 18 est ainsi conçu : « *Toute remise de l'enfant à d'autres qu'à ses parents* « *ou grands parents, même quand il est confié en vue d'une* « *adoption ultérieure, ne peut avoir lieu que sous réserve de* « *la tutelle. — Toutefois, lorsque l'enfant a été confié pendant* « *trois ans à un particulier à titre gratuit, ce dernier, même* « *s'il est âgé de moins de cinquante ans et l'enfant de plus* « *de quinze ans, peut, en obtenant le consentement du conseil* « *de famille, devenir le tuteur officieux de l'enfant. — Le* « *juge de paix du domicile de l'enfant dresse procès-verbal* « *de la demande et du consentement ; ces pièces et le procès-* « *verbal sont visés pour timbre et enregistrés gratis* » [3].

[1] Si la personne qui désire être chargée de la tutelle officieuse est mariée, le consentement de son conjoint est-il nécessaire? Nous ne le pensons pas; car la tutelle officieuse dont il s'agit n'est pas sollicitée en vue de l'adoption. — *Contra* Labbé, I, n. 568; Nillus, *op. cit.*, n. 147. — Une femme mariée cependant, à moins qu'elle ne soit séparée de corps, devrait obtenir l'*autorisation* de son mari, conformément au droit commun.

[2] Labbé, *op. cit.*, I, p. 444, note 1. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, n. 152.

[3] L'art. 18 de la loi de 1904 n'abroge pas l'art. 13 de la loi de 1889, qui reste applicable aux enfants dont les parents sont déchus de la puissance paternelle. V. les observations présentées à ce sujet dans la séance de la chambre des députés

283. Dans les divers cas que nous avons examinés, le père ou la mère déchu de la puissance paternelle est tenu de respecter la décision de justice qui lui a enlevé la garde de son enfant, sous une sanction pénale, édictée par la loi du 5 décembre 1901 (art. 357 al. 2 C. pén.). Les dispositions de cette loi doivent être également appliquées à la mère à laquelle, en cas de déchéance du père, l'exercice de la puissance paternelle et la garde de l'enfant n'ont pas été conservés. La loi du 5 décembre 1901 dispose en effet en termes très généraux : « *Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par* » *décision de justice, provisoire ou définitive...,* DANS LES CIR- » CONSTANCES PRÉVUES *par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril* » *1898, le père ou la mère qui ne représenterait pas le mineur* » *à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans* » *fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera, ou le fera* » *enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde* » *aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé,* » *sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une* » *amende de seize francs à cinq mille francs. Si le coupable* » *a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprison-* » *nement pourra être élevé jusqu'à trois ans* ».

§ V. *De la restitution de la puissance paternelle.*

284. La déchéance de la puissance paternelle est perpétuelle, en ce sens qu'elle n'est pas prononcée pour un temps limité. Mais le père ou la mère qui a subi la déchéance de la puissance paternelle peut en obtenir la restitution, sous les conditions déterminées par les art. 15 et 16.

Art. 15 : « *Les père et mère* (1) *frappés de déchéance dans* » *les cas prévus par l'art. 1er et par l'art. 2, paragraphes 1, 2,* » *3 et 4, ne peuvent être admis à se faire restituer la puissance* » *paternelle qu'après avoir obtenu leur réhabilitation. — Dans* » *les cas prévus aux paragraphes 5 et 6 de l'art. 2, les père et*

du 16 juin 1904 (1re séance), *Journ. off.* du 17 juin 1904, Déb. parl., chambre, p. 1461 et 1465.

(1) La loi ne parle que des père et mère. Mais on ne voit pas pourquoi les art. 15 et 16 seraient inapplicables aux autres ascendants. Il est probable que la loi a statué *de eo quod plerumque fit.*

« *mère frappés de la déchéance peuvent demander au tribunal* « *que l'exercice de la puissance paternelle leur soit restitué.* « *L'action ne peut être introduite que trois ans après le jour où* « *le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévo-* « *cable* ».

Art. 16 : « *La demande en restitution de la puissance pater-* « *nelle est introduite sur simple requête et instruite confor-* « *mément aux dispositions des paragraphes 2 et suivants de* « *l'art. 4. L'avis du conseil de famille est obligatoire. — La* « *demande est notifiée au tuteur, qui peut présenter, dans* « *l'intérêt de l'enfant, ou en son nom personnel, les observa-* « *tions et oppositions qu'il aurait à faire contre la demande.* « *Les dispositions des art. 5, 6 et 7 sont également applicables* « *à ces demandes. Le tribunal, en prononçant la restitution de* « *la puissance paternelle, fixe suivant les circonstances l'in-* « *demnité due au tuteur, ou déclare qu'à raison de l'indigence* « *des parents, il ne sera alloué aucune indemnité. La demande* « *qui aura été rejetée ne pourra plus être réintroduite, si ce* « *n'est par la mère, après la dissolution du mariage* ».

Comme on le voit, la loi distingue deux hypothèses.

I. Dans le cas où la déchéance est la conséquence légale ou judiciaire d'une condamnation (art. 1 et art. 2, n. 1 à 4), la réhabilitation du condamné est le préliminaire indispensable de la restitution de la puissance paternelle. Une fois la réhabilitation obtenue, le père ou la mère déchu peut immédiatement demander la restitution de la puissance paternelle.

II. Lorsque la déchéance est prononcée par le tribunal en dehors d'une condamnation, la demande en restitution est portée *de plano* devant le tribunal civil. Mais il faut que trois ans se soient écoulés depuis que le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable.

La loi ne dit pas quels sont les effets de la restitution. Cette lacune peut être aisément comblée. Les effets de la restitution se mesurent sur ceux de la déchéance. Elle est donc totale et indivisible comme la déchéance elle-même. Le père ou la mère recouvre tous les attributs de la puissance paternelle.

Il aura souvent un compte à régler avec le tuteur, l'Assistance publique ou les personnes qui ont pris soin de l'enfant

et qui ont fait des dépenses pour son entretien et son éducation. Le tribunal fixera l'indemnité due par les parents, ou déclarera qu'ils en sont dispensés à raison de leur indigence.

Si la demande est rejetée, elle ne peut plus être renouvelée. On n'a pas voulu que la condition de l'enfant pût être trop fréquemment remise en question. Cette règle comporte cependant une exception que l'art. 16 *in fine* énonce en ces termes passablement obscurs : « Si ce n'est par la mère, » après la dissolution du mariage ». L'hypothèse visée par la loi est probablement la suivante. Il faut supposer que les deux époux ont été, au cours du mariage, déchus de la puissance paternelle. Ils ont tous deux formé sans succès une demande en restitution de la puissance paternelle. La loi permet à la mère de former une nouvelle demande après la dissolution du mariage. On a pensé que, si le tribunal a rejeté la première requête de la mère, c'est peut-être parce qu'il a craint que le père, à la demande duquel il ne voulait pas faire droit, n'exerçât en fait la puissance paternelle. Peut-être eût-il décidé autrement si la mère avait été libre ([1]).

Il convient de remarquer que les dispositions des art. 15 et 16 de la loi de 1889 n'ont été aucunement modifiées par la loi du 27 juin 1904. L'art. 17 de cette dernière loi, prévoyant le cas où la remise d'un pupille de l'Assistance publique est réclamée par ses parents, dispose, dans son al. 2 : « *Toutefois, pour les enfants maltraités ou moralement abandonnés, » cette remise ne pourra être faite aux parents déchus de la » puissance paternelle, qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 15 et 16 de la loi du 24 juillet » 1889* ».

§ VI. *De la délégation judiciaire de la puissance paternelle.*

285. Dans certains cas, l'exercice de la puissance paternelle peut être conféré par les tribunaux, soit à l'Assistance publi-

[1] Nillus, *op. cit.*, n. 157; Leloir, *op. cit.*, I, n. 499.

que, soit à des associations de bienfaisance, soit à des particuliers. Cette délégation, lorsqu'elle a lieu en dehors d'une mesure de déchéance de la puissance paternelle, fait l'objet du titre II de la loi, qui a pour rubrique : « *De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents* ». Nous allons en analyser sommairement les dispositions.

Comme la rubrique l'indique, les cas visés par le titre II peuvent se ramener à deux : 1° Cession faite par les parents de l'exercice de la puissance paternelle; 2° Délégation faite par la justice sans l'intervention des parents.

286. I. De la délégation judiciaire de la puissance paternelle avec le consentement des parents. — « *Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans que des pères, mères ou des tuteurs autorisés par le conseil de famille leur ont confiés, le tribunal du domicile de ces pères, mères ou tuteurs peut, à la requête des parties intéressées agissant conjointement, décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. — Si des parents ayant conservé le droit au consentement au mariage d'un de leurs enfants refusent de consentir au mariage en vertu de l'art. 148 du Code civil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés, dans la chambre du conseil* » (art. 17).

Et l'art. 18 ajoute : « *La requête est visée pour timbre et enregistrée gratis. — Après avoir appelé les parents ou tuteur, en présence des particuliers ou des représentants réguliers de l'administration ou de l'établissement gardien de l'enfant, ainsi que du représentant de l'Assistance publique, le tribunal procède à l'examen de l'affaire, en chambre du conseil, le ministère public entendu. — Le jugement est prononcé en audience publique* ».

Par ces dispositions, qui n'ont pas été admises sans difficulté [1], la loi autorise ceux qui ont sur l'enfant la puissance paternelle à s'en dessaisir par un contrat. Mais la délégation de la puissance paternelle n'est pas en réalité l'œuvre des parties ; c'est la justice qui la prononce.

La puissance paternelle, en outre, ne peut être ainsi déléguée qu'à l'Assistance publique, représentant de l'Etat. Quant à l'association ou au particulier gardien de l'enfant, c'est seulement l'exercice de cette puissance qui peut lui être conféré, et encore cet exercice des droits de puissance paternelle n'aura-t-il lieu que sous le contrôle de l'Assistance publique (art. 23 et 24). La cession ne peut être consentie que relativement à des enfants mineurs de seize ans, et, dans son jugement, le tribunal doit constater qu'elle est conforme à leur intérêt.

Les personnes qui peuvent ainsi céder leurs droits sur l'enfant sont les père, mère ou tuteur. Si l'enfant a encore son père et sa mère, il n'est pas nécessaire que tous deux donnent leur consentement ; le consentement du père suffit [2].

La cession peut être totale ou partielle (arg. art. 17 *in fine*). Bien entendu, le cédant ne peut se dessaisir que des droits qu'il possède. Ainsi la cession faite par le tuteur ne produit pas les mêmes effets que la cession faite par le père ou la mère. Si un des deux époux est mort et que l'autre n'ait pas la tutelle de son enfant, il est certain qu'il ne peut pas céder la tutelle [3]. La cession consentie par le père seul ne privera pas la mère de ses droits de puissance paternelle, dont elle aura l'exercice au décès du père [4].

287. II. Délégation de la puissance paternelle sans l'intervention des parents. — Art. 19 : « *Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont recueilli des enfants mineurs de seize ans sans l'intervention des père et mère ou*

(1) Ch. des dép., *Doc. parl.*, sess. extraord., 1888, p. 709.
(2) Nillus, *op. cit.*, n. 175 ; Leloir, *op. cit.*, I, p. 143, note 1.
(3) Leloir, *op. cit.*, II, p. 28.
(4) Nillus, *op.* et *loc. cit.* — *Contra* Leloir, *op. cit.*, II, n. 675.

« *tuteur, une déclaration* [1] *doit être faite dans les trois jours* « *au maire de la commune sur le territoire de laquelle l'en-* « *fant a été recueilli, et à Paris, au commissaire de police, à* « *peine d'une amende de cinq à quinze francs. — En cas de* « *nouvelle infraction dans les douze mois, l'article 482 du* « *Code pénal est applicable. — Est également applicable aux* « *cas prévus par la présente loi le dernier paragraphe de l'ar-* « *ticle 463 du même Code. — Les maires et les commissaires* « *de police doivent, dans le délai de quinzaine, transmettre* « *ces déclarations au Préfet, et, dans le département de la* « *Seine, au Préfet de police. Ces déclarations doivent être* « *notifiées dans un nouveau délai de quinzaine aux parents* « *de l'enfant* ».

Art. 20 : « *Si, dans les trois mois à dater de la déclaration,* « *les père et mère ou tuteur n'ont point réclamé l'enfant, ceux* « *qui l'ont recueilli peuvent adresser au président du tribunal* « *de leur domicile une requête afin d'obtenir que, dans l'inté-* « *rêt de l'enfant, l'exercice de tout ou partie des droits de la* « *puissance paternelle leur soit confié. — Le tribunal procède* « *à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère* « *public entendu. Dans le cas où il ne confère au requérant* « *qu'une partie des droits de la puissance paternelle, il déclare* « *par le même jugement, que les autres, ainsi que la puissance* « *paternelle, sont dévolus à l'Assistance publique* ».

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la décision que le tribunal peut prendre en vertu de ce dernier texte. Les juges ne sont pas chargés de prononcer la déchéance de la puissance paternelle. La loi les autorise simplement à déléguer à l'Assistance publique la puissance paternelle que les parents semblent avoir voulu abandonner. Le tribunal ne doit donc pas dire qu'il prononce la déchéance de la puissance paternelle [2].

En vertu du jugement qui lui délègue la puissance paternelle, l'Assistance publique a désormais sur l'enfant des pou-

[1] Cette déclaration est imposée même à l'Assistance publique. Elle a pour but d'avertir l'autorité publique, et de faciliter les recherches des parents. Leloir, *op. cit.*, II, n. 652 et 653. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, n. 183.

[2] Leloir, *op. cit.*, II, n. 681.

voirs dont elle ne peut être dessaisie que par une décision de justice. Elle n'a pas tous les attributs de la puissance paternelle tels qu'ils appartiennent aux parents. Il faut se référer sur ce point aux lois des 27 et 28 juin 1904.

Quant à l'exercice de la puissance paternelle, il appartient aussi, en principe, à l'Assistance publique. Mais le tribunal peut conférer cet exercice, en tout ou en partie, au particulier ou à l'association qui a pris la charge de l'enfant. Le gardien évidemment ne peut avoir plus de droits que l'Assistance publique; mais, dans les limites de la délégation qui lui a été faite, il aura des pouvoirs aussi étendus. Il pourra donc exercer, dans cette mesure, les droits attribués à l'Assistance publique par les lois précitées : notamment le droit de correction et le droit d'émanciper.

287 *bis*. Les dispositions contenues dans le titre II de la loi du 24 juillet 1889 doivent être appliquées, sans distinction, aux enfants légitimes et aux enfants naturels, du moins lorsque la filiation de ces derniers est légalement établie. Peut-on également en faire l'application aux enfants naturels non reconnus par leurs auteurs? La négative a été admise par un jugement du tribunal de la Seine [1]. La puissance paternelle, dit le tribunal, n'existant pas lorsque les père et mère sont inconnus, il ne peut être alors question de la délégation judiciaire des droits de la puissance paternelle. Il résulte de l'ensemble des règles édictées par les art. 19, 20 et 21 de la loi (notification aux parents, faculté accordée aux parents de réclamer leur enfant) que les auteurs de la loi de 1889 ont uniquement songé aux enfants légitimes et aux enfants naturels reconnus, et qu'ils ont négligé de s'occuper des enfants naturels non reconnus. En conséquence, une association de bienfaisance ne peut pas demander au tribunal de lui attribuer l'exercice de la puissance paternelle sur un enfant appartenant à cette catégorie; et la tutelle du droit commun ou la tutelle administrative sont seules alors applicables. Le jugement du tribunal de la Seine a été réformé par la cour de Paris [2], et c'est, croyons-nous, la solution

[1] 17 juin 1904, D., 07. 2. 228 — *Revue pénit.*, 1905, p. 373 et 395.
[2] 20 avril 1905, D., *loc. cit.*

admise par la cour qui doit être préférée. Les enfants naturels non reconnus ont encore plus besoin de protection que ceux dont la filiation est certaine, et il serait étrange qu'ils ne pussent bénéficier des mesures protectrices organisées par le titre II de la loi. Sans doute l'art. 19 suppose que l'enfant qui a été recueilli est soumis à la puissance paternelle, mais il n'a rien de limitatif. — Aux arguments invoqués par l'arrêt on pourrait ajouter que si l'on tient essentiellement à ce que l'enfant se trouve dans les conditions prévues par la loi, il serait facile de recourir à un détour. On pourrait faire nommer à l'enfant un tuteur datif, dans les termes du droit commun (nouvel art. 389 C. civ., L. 2 juil. 1907), et le tuteur consentirait à la cession judiciaire dont il est question aux art. 17 et 18 [1].

288. Telles sont les deux catégories de cas dans lesquels il peut intervenir une délégation judiciaire de la puissance paternelle. A toutes deux s'appliquent un certain nombre de règles communes que nous allons sommairement indiquer.

I. L'Assistance publique, investie dans tous les cas de la puissance paternelle, a un droit supérieur de surveillance sur le particulier ou l'association gardien de l'enfant, qui a simplement l'exercice de cette puissance (art. 17 à 20, 22 et 23) [2].

II. Les enfants confiés à des particuliers ou à des associations sont également placés sous la surveillance de l'Etat [3]. Le préfet du département, chargé de cette surveillance, peut

[1] V. en ce sens *Revue pénit.*, 1905, p. 396.

[2] V. sur ce point la loi du 27 juin 1904, art. 27 à 30, et le décret du 12 avril 1907. Aujourd'hui le service des enfants assistés est administré par le préfet et, sous l'autorité du préfet, par l'inspecteur départemental de l'Assistance publique, ayant sous ses ordres un ou plusieurs sous-inspecteurs; et à Paris, par le directeur de l'Assistance publique, sous l'autorité du préfet (Cpr. art. 24 L. 24 juil. 1889).

[3] L'art. 22 dit à ce sujet : « *Les enfants confiés à des particuliers ou à des associations de bienfaisance, dans les conditions de la présente loi, sont sous la surveillance de l'Etat, représenté par le préfet du département. — Un règlement d'administration publique déterminera le mode de fonctionnement de cette surveillance, ainsi que de celle qui sera exercée par l'Assistance publique. — Les infractions audit règlement seront punies d'une amende de 25 à 1 000 francs. — En cas de récidive, la peine d'emprisonnement de huit jours à un mois pourra être prononcée* ». V. le décret du 12 avril 1907.

demander au tribunal de prononcer le dessaisissement du gardien [1].

III. Les parents ou le tuteur peuvent réclamer que l'enfant leur soit remis, non seulement lorsqu'il a été placé sans leur intervention, mais encore lorsqu'ils ont consenti à la délégation de la puissance paternelle [2].

SECTION III

LOI DU 19 AVRIL 1898

289. Le vote de cette loi a été provoqué par des faits particulièrement douloureux dont de jeunes enfants avaient été les victimes [3]. Ces faits, grâce à la publicité qui leur fut donnée par la presse, soulevèrent l'indignation générale et attirèrent l'attention sur les lacunes de notre législation

(1) Art. 23 : « *Le Préfet du département de la résidence de l'enfant confié à un particulier ou à une association de bienfaisance, dans les conditions de la présente loi, peut toujours se pourvoir devant le tribunal civil de cette résidence, afin d'obtenir, dans l'intérêt de l'enfant, que le particulier ou l'association soit dessaisi de tout droit sur ce dernier et qu'il soit confié à l'Assistance publique. — La requête du Préfet est visée pour timbre et enregistrée gratis. — Le tribunal statue, les parents entendus ou dûment appelés. — La décision du tribunal peut être frappée d'appel, soit par le Préfet, soit par l'association ou le particulier intéressé, soit par les parents. — L'appel n'est pas suspensif. — Les droits conférés au Préfet par le présent article appartiennent également à l'Assistance publique* ».

(2) Art. 21 : « *Dans les cas visés par l'art. 17 et l'art. 19, les père, mère ou tuteur qui veulent obtenir que l'enfant leur soit rendu s'adressent au tribunal de la résidence de l'enfant, par voie de requête visée pour timbre et enregistrée gratis. — Après avoir appelé celui auquel l'enfant a été confié et le représentant de l'Assistance publique, ainsi que toute personne qu'il juge utile, le tribunal procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu. Le jugement est prononcé en audience publique. — Si le tribunal juge qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant aux père, mère ou tuteur, il peut, sur la réquisition du ministère public, prononcer la déchéance de la puissance paternelle, ou maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les droits qui lui ont été conférés en vertu des art. 17 ou 20. En cas de remise de l'enfant, il fixe l'indemnité due à celui qui en a eu la charge, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité. — La demande qui a été rejetée ne peut plus être renouvelée que trois ans après le jour où la décision de rejet est devenue irrévocable* ». — Sur cet article, v. Nillus, *op. cit.*, n. 192; Leloir, *op. cit.*, II, n. 702 s. — Cpr. L. 27 juin 1904, art. 17, al. 1.

(3) V. Gallois, *La protection de l'enfance maltraitée*. Thèse, Paris, 1899, p. 9 s.

relative à la protection de l'enfance. Le code pénal ne frappait pas en effet de peines assez sévères certains délits commis sur la personne des enfants et des incapables hors d'état de se protéger eux-mêmes (voies de fait et mauvais traitements, art. 309, 310 et 311 ; exposition et délaissement, art. 349 à 353), et, d'autre part, on avait pu, trop souvent, reprocher aux tribunaux, à tort ou à raison, d'avoir montré une indulgence excessive dans l'application de ces peines. Enfin, les faits paraissaient démontrer encore que les dispositions de l'art. 334 C. pén., et de la loi du 7 décembre 1874 n'étaient ni assez rigoureuses, ni assez compréhensives [1].

Aussi au lendemain d'un procès dont le retentissement fut considérable (*affaire Grégoire*), la chambre des députés fut-elle saisie de plusieurs propositions tendant à renforcer et à compléter les dispositions de la loi pénale [2]. A raison de leur connexité, ces diverses propositions furent renvoyées à l'examen d'une même commission. Au cours des travaux préparatoires, on se préoccupa de remédier à certaines des imperfections que l'on avait relevées dans la loi du 24 juillet 1889. On avait pu constater, en effet, que cette loi était assez rarement appliquée dans la pratique et qu'un grand nombre d'enfants restaient, par suite, dépourvus de protection contrairement aux vœux du législateur. On attribuait cet insuccès relatif aux lenteurs et aux complications de la procédure instituée par la loi de 1889 et aussi aux difficultés que soulève l'interprétation de cette loi. On critiquait surtout le système de déchéance totale et indivisible consacré par elle. La loi de 1889 ne permettant pas aux juges de prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle, ceux-ci hésitaient, disait-on, à prendre une mesure qui, dans bien des cas, pouvait leur paraître excessive. Qu'on suppose en effet un père ou une mère négligeant ou maltraitant un seul de ses enfants, à l'égard duquel il éprouve des sentiments particuliers d'aversion, mais remplissant ses devoirs à l'égard de tous les autres. N'eût-on pas dépassé le but en déclarant le père ou la

[1] Gallois, *op. cit.*, p. 341 s.

[2] Proposit. Cochin, Ch. des Dép., *Doc. parl.*, 1897, p. 9 s.; Od. Barrot, *ibid.*, p. 318; Berry, *ibid.*, p. 319.

mère déchu de ses droits sur tous ses enfants indistinctement? Les tribunaux, lorsqu'ils se trouvaient en présence d'une situation de ce genre, reculaient devant l'application de la loi [1]. — Dans les divers congrès pénitentiaires, la question avait été plus d'une fois agitée. Le Congrès tenu à Paris en 1895, notamment, avait demandé que la loi de 1889 fût amendée sur ce point et que les tribunaux fussent autorisés à retirer aux parents la garde d'un ou de plusieurs de leurs enfants, sans prononcer la déchéance totale de la puissance paternelle. Il avait également émis le vœu que compétence fût reconnue à cet effet aux juridictions répressives comme aux tribunaux civils. La loi nouvelle a tenu compte de ces diverses réclamations. — Les dispositions qu'elle contient se réfèrent à deux ordres d'idées distincts.

290. I. Tout d'abord elle édicte des règles de pur droit pénal, pour lesquelles il nous suffira de renvoyer aux textes. L'art. 1 ajoute à l'art. 312 du C. pén. un certain nombre d'alinéas, punissant de peines variables suivant les cas le fait d'avoir volontairement fait des blessures ou porté des coups à un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, ou de l'avoir volontairement privé d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé [2]. L'art. 2 modifie les art. 349 à 353 C. pén., relatifs à l'exposition et au délaissement. Enfin l'art. 2 de la loi du 7 décembre 1874 est également modifié par l'art. 3 de la loi nouvelle, qui se borne à en étendre les dispositions au point de vue pénal.

291. II. Dans ses art. 4 et 5, la loi du 19 avril 1898 édicte des règles nouvelles qui nous intéressent plus particulièrement. Elle permet en effet de prononcer, à titre provisoire ou définitif, une simple destitution du droit de garde, sans que la déchéance de la puissance paternelle soit déclarée.

Art. 4 : « *Dans tous les cas de délits ou de crimes commis*

[1] Leloir, *Rapport sur la nécessité d'une révision de la loi du 24 juil. 1889*, *Revue pénitent.*, 1898, p. 369 s. — *Adde* Jolly, *Examen crit. de la loi du 19 avril 1898*, *Revue pénit.*, 1903, p. 341.

[2] Il y a dans le texte une bizarrerie difficilement explicable. Il prévoit le cas où l'auteur de l'infraction est un père adoptif ou une mère adoptive... Le législateur paraît avoir perdu de vue que l'adoption entre vifs ne peut avoir lieu avant la majorité de l'enfant.

« *par enfants ou sur des enfants, le juge d'instruction commis* « *pourra, en tout état de cause, ordonner, le ministère public* « *entendu, que la garde de l'enfant soit provisoirement con-* « *fiée, jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive,* « *à un parent, à une personne ou à une institution charitable* « *qu'il désignera, ou enfin à l'Assistance publique. Toutefois,* « *les parents de l'enfant jusqu'au cinquième degré inclusive-* « *ment, son tuteur ou son subrogé tuteur et le ministère public* « *pourront former opposition à cette ordonnance; l'opposition* « *sera portée, à bref délai, devant le tribunal, en chambre du* « *conseil, par voie de simple requête* ».

Art. 5 : « *Dans les mêmes cas, les cours ou tribunaux saisis* « *du crime ou du délit pourront, le ministère public entendu,* « *statuer définitivement sur la garde de l'enfant* ».

Comme on le voit, tandis que la loi du 24 juillet 1889 édicte l'indivisibilité de la déchéance, la loi du 19 avril 1898 permet de retirer au père ou à la mère un seul des attributs de la puissance paternelle, le plus précieux il est vrai, le droit de garde. Le juge d'instruction ou la juridiction répressive n'est autorisé à prendre cette mesure que relativement à l'enfant auteur ou victime de l'infraction qui lui est soumise. Ainsi tombe une des objections principales dirigées contre le système de la loi de 1889 [1], Le juge proportionnera la mesure de déchéance au mal qu'il veut prévenir ou réprimer. Les droits du père ou de la mère resteront intacts en ce qui concerne ses autres enfants, à moins, bien entendu, qu'il ne tombe sous le coup de la loi du 24 juillet 1889.

D'autre part, et par là encore la loi nouvelle diffère de la loi de 1889, la destitution du droit de garde n'a jamais lieu de plein droit, et elle est toujours facultative pour les magistrats, qui statueront suivant les circonstances. Les termes des art. 4 et 5 sont tout à fait significatifs à cet égard.

292. La faculté de statuer sur la garde de l'enfant appartient, soit au juge d'instruction, soit à la cour ou au tribunal saisi de l'infraction.

[1] Sur l'application de la loi de 1898, V. Jolly, *Revue pénitentiaire*, mars 1903, p. 337 s. — *Idem Revue pénit.*, 1899, p. 840 s., 1906, p. 876 s.

Au juge d'instruction, tout d'abord. La loi de 1889, nous l'avons vu, permet à la chambre du conseil de prendre les mesures provisoires qu'exige l'intérêt de l'enfant, lorsque la déchéance de la puissance paternelle est provoquée contre ses parents. Mais, en fait, la chambre du conseil ne peut guère user utilement des pouvoirs qui lui sont conférés. C'est pour ce motif que la loi de 1898 a donné au juge d'instruction le pouvoir de statuer sur la garde de l'enfant, en tout état de cause, c'est-à-dire dès le début même de son information. Le législateur espère qu'ainsi les mesures nécessaires pourront être prises en temps utile. La décision du juge d'instruction est d'ailleurs provisoire. C'est à la cour ou au tribunal saisi du crime ou du délit qu'il appartiendra de prononcer définitivement sur le sort de l'enfant.

Si l'instruction aboutit à un non-lieu, la personne ou l'établissement auquel la garde de l'enfant aura été confiée par le juge d'instruction pourra-t-elle la conserver ? Nous ne le pensons pas. La loi ne permet au juge d'instruction de prononcer la destitution du droit de garde que dans le cas de crime ou de délit. Si l'instruction établit qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, la mesure prise par le juge d'instruction n'a plus de raison d'être. La décision du juge d'instruction est d'ailleurs toute provisoire ; les effets en doivent cesser lorsque l'instruction se termine par une ordonnance de non-lieu. Il n'y a plus lieu de suspecter les parents, et ceux-ci peuvent, dès lors, demander la restitution des droits qui leur ont été enlevés, par mesure de prudence, au cours de l'instruction.

La juridiction de jugement statuera définitivement sur le sort de l'enfant, en prononçant sur le fond. Il faudra qu'elle constate l'existence d'un crime ou d'un délit (V. *infra*, n. 293). Avant de rendre son jugement sur le fond, pourrait-elle, par un jugement provisoire, prendre les mesures que le juge d'instruction n'aurait pas cru devoir prendre? La loi est muette sur ce point. L'art. 5 paraît ne viser, en effet, que le cas d'un jugement définitif. Mais la solution affirmative nous semble cependant conforme au vœu de la loi.

L'art. 4 permet à certaines personnes de former opposition à l'ordonnance du juge d'instruction. La liste donnée par

l'art. 4 des personnes qui peuvent faire opposition à l'ordonnance et par suite intervenir devant la juridiction de jugement doit être considérée comme limitative. Ainsi la société de patronage à laquelle un enfant aurait été provisoirement confié par le juge d'instruction ne peut pas être reçue partie intervenante [1]. L'opposition est portée, à bref délai, devant la chambre du conseil, par voie de simple requête. La loi ne parle pas des voies de recours contre les décisions du tribunal; c'est donc le droit commun qu'il conviendra d'appliquer.

293. Aux termes des art. 4 et 5, la faculté de statuer sur la garde de l'enfant appartient au juge d'instruction ou au tribunal dans les deux cas suivants :

1. Dans le cas d'un crime ou d'un délit commis par l'enfant lui-même [2]. Si l'enfant est condamné, le tribunal peut décider que, après l'expiration de sa peine, il ne retombera pas sous la garde de ses parents [3]. S'il est acquitté pour avoir agi sans discernement, trois solutions s'offrent au tribunal (art. 66 C. pén. cbn. avec L. 1898, art. 5) : ou remettre purement et simplement l'enfant à ses parents, ou l'envoyer dans une colonie pénitentiaire, ou prononcer la destitution du droit de garde et confier l'enfant à un particulier ou à un établissement. Une question délicate s'est posée à cet égard. On s'est demandé si les tribunaux peuvent statuer sous une alternative, ou s'ils sont tenus de prendre une décision ferme. Par exemple, le tribunal déclare que l'enfant est confié à l'As-

[1] Trib. corr. de la Seine, 14 déc. 1904, D., 05. 2. 99. — Paris, 22 février 1905, et Cass., 1er déc. 1905. *Gaz. Trib.*, 20 déc. 1905.

[2] Sous le nom d'*enfants* la loi de 1898 entendait les mineurs de seize ans (Jolly, *Revue pénit.*, 1903, p. 340). La loi du 12 avril 1906 a reporté à dix-huit ans l'âge de la majorité pénale (nouvel art. 66 C. pén.). Les enfants majeurs de seize ans et mineurs de dix-huit ans peuvent donc aujourd'hui bénéficier des dispositions de la loi de 1898; ils peuvent être confiés à des particuliers, à des associations charitables, ou à des œuvres de patronage et de sauvetage. Mais, afin d'éviter l'encombrement des services de l'Assistance publique, la loi du 12 avril 1906 dispose, dans son art. 3, que : « *La garde d'un enfant mineur de seize à dix-huit ans ne pourra pas être confiée à l'Assistance publique par application des articles 4 et 5 de la loi du 19 avril 1898* ». La loi de 1898 ne pourra, en ce qui concerne ces enfants, recevoir son application intégrale que lorsque les écoles professionnelles, de réforme ou de préservation, prévues par la loi du 28 juin 1904, existeront en nombre suffisant.

[3] Le texte est en effet général. V. cependant Jolly, *loc. cit.*

sistance publique; peut-il ajouter que si, avant sa vingt et unième année, l'enfant se soustrait à l'autorité de son gardien, il sera conduit dans une colonie pénitentiaire, conformément à l'art. 66 C. pén.? Ou bien encore le tribunal, en confiant le mineur à une société de bienfaisance, peut-il décider que, si la garde de l'enfant n'est pas acceptée par celle-ci, l'enfant sera envoyé dans une colonie pénitentiaire? Nous pensons, pour notre part, que l'envoi dans une colonie pénitentiaire ayant, dans une large mesure, un caractère pénal, il ne peut pas être ordonné conditionnellement [1].

II. Le juge d'instruction ou la juridiction répressive peut également statuer sur la garde du mineur, lorsque celui-ci a été victime d'un crime ou d'un délit [2]. Peu importe, la loi ne distinguant pas, quel est l'auteur de l'infraction. La destitution du droit de garde peut être prononcée même lorsque le crime ou le délit a été commis par un autre que le père ou la mère. Car il se peut qu'en fait les parents se soient rendus coupables d'un défaut de surveillance, qui a rendu possible l'accomplissement de l'infraction.

Dans tous les cas, la privation du droit de garde pourra être ordonnée d'office; il n'est pas nécessaire qu'elle soit requise. La loi exige seulement que le ministère public soit entendu.

294. Lorsque la destitution du droit de garde est prononcée contre les parents, c'est au juge ou au tribunal qu'il appartient de désigner celui auquel l'enfant sera désormais confié. La loi de 1898 s'est montrée à cet égard extrêmement libérale : l'enfant peut être remis « à un parent, à une personne, ou à une institution charitable... ou enfin à l'Assistance publique » (art. 4). Bien entendu, la société charitable ou le particulier désigné par le juge n'est pas tenu d'accepter la charge de l'enfant. S'il s'y refuse, cette charge incombe à l'Assistance

[1] Cass., 11 avril 1902, D., 02. 1. 358. — *Contra* Trib. Château-Gontier, 6 mars 1901, Trib. correct. de Mayenne, 24 mai 1901, et cour d'assises de la Mayenne, 23 avril 1901, D., 01. 2. 249. — Cpr. Trib. Château-Thierry, 10 juin 1898, D., 99. 2. 141. — V. discussion à la Société générale des prisons, *Revue pénit.*, 1901, p. 1316.

[2] Il faut que l'existence de l'infraction soit constatée (*supra*, n. 292).

publique, qui ne peut pas s'y soustraire. Cette dernière solution résulte incontestablement des termes de l'art. 4 : « *ou enfin*, à l'Assistance publique » (1). De même, si, après s'être chargé de l'enfant, un particulier ou un établissement privé se trouve, pour une cause quelconque, dans l'impossibilité de conserver la garde, l'enfant sera remis de plein droit à l'Assistance publique (2).

Le particulier ou l'établissement privé qui a accepté la garde de l'enfant n'est pas tenu, à notre avis, de faire la déclaration prescrite par l'art. 19 de la loi du 24 juillet 1889. Cette déclaration ne présenterait guère d'utilité, car elle est imposée dans le but de prévenir les parents que leur enfant a été recueilli, et, dans l'hypothèse que nous envisageons, les parents savent quel est le sort de leur enfant (3).

La destitution du droit de garde emporte nécessairement celle du droit d'éducation, qui en est le corollaire (4). Nous pensons également que le droit de correction est enlevé aux parents déchus, car le droit de correction est lié étroitement au droit d'éducation. Mais le père ou la mère conserve intacts les autres attributs attachés à la puissance paternelle La loi ne nous dit pas s'il peut se faire restituer les pouvoirs qui lui ont été enlevés. Mais il nous paraît conforme à son esprit de décider que les père et mère pourront, à cet effet, s'adresser au tribunal.

295. Reste une question singulièrement délicate : c'est celle de la conciliation de la loi de 1889 et de la loi de 1898. Que faut-il décider lorsque le fait qui motive l'intervention de la justice tombe à la fois sous le coup de la loi de 1898 et de la loi de 1889 (5) ?

(1) Cass., 14 août 1902, *Revue pénit.*, 1902, p. 1181. V. aussi L. 27 juin 1904, art. 5.

(2) Sur les pouvoirs appartenant au gardien, voir Paris, 7 mai 1907, D., 07. 2. [illegible] — Req. Cass., 25 nov. 1905, D., 06. 1. 158. — *Revue pénit.*, 1906, p. [illegible].

(3) Barthélemy, *Revue pénit.*, janvier 1899.

(4) La loi du 5 décembre 1901 édicte des peines contre le père ou la mère qui refuse d'exécuter la décision de la justice relative à la garde de l'enfant.

(5) L'art. 5 du projet adopté par la chambre des députés portait que, si les coupables étaient des ascendants de l'enfant, ils seraient, de plein droit, déchus de la puissance paternelle, tout en prononçant les tribunaux correctionnels, lorsque la

I. Supposons que l'on se trouve en présence d'un crime ou d'un délit prévu par l'art. 1 de la loi du 24 juillet 1889. La condamnation prononcée contre le père ou la mère entraînera de plein droit la déchéance de la puissance paternelle, et cette déchéance sera totale et indivisible. La loi de 1898 aura pu cependant recevoir son application, dans la mesure compatible avec les dispositions de la loi de 1889. Au cours de son information, le juge d'instruction aura pu statuer provisoirement sur la garde de l'enfant, conformément à l'art. 4 de la loi de 1898. La sentence de condamnation mettra-t-elle fin nécessairement aux mesures provisoires prises par lui ? La question est singulièrement délicate. Peut-être conviendrait-il de la résoudre par la distinction suivante : Si le tribunal statue sur les conséquences de la déchéance de la puissance paternelle, sur la requête des personnes désignées à l'art. 3 de la loi de 1889 (art. 5 de la même loi), sa décision fera évidemment cesser les mesures purement provisoires prises par le juge d'instruction. Mais, si on ne lui demande pas de statuer sur la déchéance, pourra-t-il d'office prononcer la destitution du droit de garde, conformément à l'art. 5 de la loi de 1898 ? Nous ne croyons pas que ce pouvoir puisse lui être dénié ; seulement, la déchéance totale étant encourue de plein droit, la décision du tribunal relative à la garde aura le caractère d'une mesure simplement provisoire, et ce sera au tribunal civil, *lorsqu'il en sera requis,* qu'il appartiendra de statuer définitivement sur les conséquences attachées à la déchéance de la puissance paternelle (attribution de la puissance paternelle à la mère, organisation de la tutelle) [1]. La combinaison des deux lois permet, comme on le voit, de pourvoir, d'une manière satisfaisante, à la protection des enfants.

peine prononcée par eux serait inférieure à un an d'emprisonnement, pourraient écarter la déchéance ou en limiter la durée. C'était, a fait remarquer M. Bérenger, porter une grave atteinte à l'économie générale de la loi de 1889 (Sénat, 1898, *Doc. parl., Ann.,* n. 69). Cette disposition ayant été rejetée du texte définitif, nous devons en conclure que les auteurs de la loi de 1898 ont voulu respecter le système général consacré par la loi antérieure, et qu'ils ont entendu seulement en combler les lacunes.

[1] Cpr. Gallois, *op. cit.*, p. 188 et 189.

II. Si le fait prévu par la loi de 1898 tombe en même temps sous le coup de la loi du 24 juillet 1889, art. 2, la conciliation des deux lois n'est pas non plus sans présenter de sérieuses difficultés. Il est hors de doute que le juge d'instruction pourra statuer provisoirement sur la garde de l'enfant, conformément à la loi de 1898. Mais quel sera le rôle du tribunal et que pourra-t-il faire ? On a dit [1], que les deux lois lui conférant un égal pouvoir d'appréciation, il pourra opter pour l'application de l'une ou de l'autre, et prononcer, soit une déchéance totale de la puissance paternelle (L. de 1889), soit une simple destitution du droit de garde (L. de 1898). Cela ne nous paraît pas absolument exact. Il n'en sera ainsi que lorsque le tribunal aura été requis de prononcer la déchéance par le ministère public ou par les parents désignés à l'art. 3 de la loi de 1889 [2]. Mais si la déchéance de la puissance paternelle n'est pas demandée conformément à la loi de 1889, la juridiction répressive ne pourra que statuer sur la garde de l'enfant, conformément à la loi de 1898. Le tribunal civil pourra-t-il ensuite être saisi d'une demande en déchéance dans les termes de la loi de 1889 ? La solution affirmative nous semble devoir être admise. Il n'y a pas *eadem quæstio* et dès lors on ne peut invoquer l'autorité du jugement rendu par le tribunal répressif pour repousser la demande. Le tribunal civil pourra donc prononcer la déchéance totale de la puissance paternelle, avec toutes les conséquences qui y sont attachées par la loi de 1889 [3]. Si la juridiction répressive n'a pas usé des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de 1898, une demande en déchéance de la puissance paternelle pourra être introduite devant le tribunal civil. Mais celui-ci ne pourra pas se borner à statuer sur la garde de l'enfant, car la loi de 1898 n'attribue ce pouvoir qu'aux seules juridictions répressives. Il ne pourra appliquer que la

(1) Pinsod, L. n. 1118.

(2) Si le tribunal opte pour l'application de la loi de 1898, la déchéance totale de la puissance paternelle ne pourra plus être demandée au tribunal civil, à raison du même fait, car le tribunal répressif, compétemment saisi de la demande, a débouté le demandeur.

(3) Le tiers institué gardien de l'enfant par le tribunal répressif va donc être destitué de ses pouvoirs par la décision du tribunal civil.

loi de 1889, et la déchéance prononcée par lui sera totale et indivisible [1].

La loi de 1898 ne s'applique qu'au cas où il y a eu crime ou délit. Donc, dans les cas prévus par l'art. 2, al. final, de la loi de 1889, il ne peut être question de la simple destitution du droit de garde. Le tribunal civil, saisi d'une demande en déchéance, devra, ou repousser la demande entièrement, ou prononcer la déchéance totale de la puissance paternelle [2].

[1] Trib. civ. de Béziers, 2 août 1902. D., 04. 2. 185 et la note de M. de Loynes.
[2] Cpr. Paris, 15 décembre 1898. D., 99. 2. 57.

DE

LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE

ET DE L'ÉMANCIPATION

(Livre I, titre X du Code civil).

---

296. Le législateur doit protection à ceux qui ne peuvent se gouverner et se défendre eux-mêmes. Le principal moyen qu'il emploie dans cette vue consiste à les frapper d'incapacité.

Nous nous sommes occupés de l'incapacité des femmes mariées (*Traité des personnes*, III, n. 2175 s.). Nous allons maintenant parler de celle des mineurs et des interdits. Le lien qui existe entre ces deux dernières catégories d'incapables est la tutelle, mesure de protection qui s'applique aux premiers comme aux seconds.

CHAPITRE PREMIER

DE LA MINORITÉ

297. « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe* » *qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis* » (art. 388).

Dans notre ancien droit, la minorité se prolongeait, en général, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. C'est la loi du 20 septembre 1792 qui, la première, fixa l'âge de vingt et un ans accomplis pour la majorité.

La doctrine désigne indifféremment sous le nom de pupille ou sous celui de mineur l'individu âgé de moins de vingt et

un ans. La loi paraît avoir affecté d'employer le mot *pupille* dans les articles consacrés à la tutelle officieuse (art. 361 à 370) ; partout ailleurs, notamment dans notre titre, elle emploie à peu près exclusivement la dénomination de *mineur*.

On distingue dans notre droit deux catégories de mineurs : les mineurs non émancipés, qui sont en tutelle, et les mineurs émancipés, qui sont en curatelle. De là, la division de notre titre qui, après avoir traité de la *minorité* dans le chapitre I, traite de la *tutelle* dans le chapitre II et de l'*émancipation* dans le chapitre III.

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE

298. Malgré la généralité de cette rubrique, le législateur ne s'occupe dans ce chapitre que de la tutelle des *mineurs*. C'est dans le titre XI qu'il sera question de la tutelle des interdits. Cependant, comme on le verra plus tard, les règles de la tutelle des mineurs sont, en principe, applicables à la tutelle des interdits. — Le code civil ne parlait que de la tutelle des enfants légitimes. Aujourd'hui, depuis la loi du 2 juillet 1907, il est également question, dans ce chapitre, de la tutelle des enfants naturels (art. 389 et 442-3°).

INTRODUCTION

299. La tutelle, ainsi que l'indique son nom (de *tueri*, défendre, protéger), a pour but de défendre les intérêts d'une personne incapable (mineur ou majeur interdit). Dans notre droit actuel, et dans les législations étrangères, la tutelle est organisée dans l'intérêt de la personne qu'il s'agit de protéger. Ce sont les intérêts de cette personne que la loi prend en considération, et non pas ceux du tuteur.

300. Cette institution présentait un caractère différent dans le droit romain primitif. Originairement, comme la puissance paternelle, elle était organisée dans l'intérêt du tuteur, ou

mieux, de la famille. En effet, en dehors de la tutelle testamentaire, qui s'expliquait par une sorte de survivance de la *patria potestas*, le droit romain ne connaissait que la tutelle légitime, et la délation de cette tutelle se faisait d'après les mêmes règles que la dévolution des successions : étaient appelés à la tutelle ceux qui étaient appelés éventuellement à recueillir la succession. *Ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelæ esse debet.* Ce qui paraît bien prouver que la tutelle était instituée dans l'intérêt des tuteurs, c'est que, pendant longtemps, ces derniers ne furent pas tenus d'administrer ; du moins les mœurs seules les y obligeaient. La tutelle était une affaire de famille, dans laquelle la loi n'intervenait pas.

Avec la transformation de l'état social et les changements introduits dans la constitution de la famille, le caractère de la tutelle se modifia profondément. On constate une tendance de plus en plus marquée à concevoir la tutelle comme une mesure protectrice des intérêts du pupille ; les intérêts de celui-ci furent placés en première ligne ; ceux du tuteur et de la famille passèrent au second plan. La loi intervint pour fournir un tuteur aux incapables qui en étaient dépourvus, et aussi pour défendre ceux-ci contre leurs tuteurs.

Cette évolution commença avec les lois Atilia et Julia Titia qui chargèrent certains magistrats de nommer un tuteur aux impubères et aux femmes qui n'avaient ni tuteur légitime, ni tuteur testamentaire, et instituèrent une troisième catégorie de tuteurs : les tuteurs datifs. Chose curieuse, et difficilement compréhensible si l'on ne tient pas compte de l'influence des mœurs en cette matière, la loi Atilia ne força pas les tuteurs à administrer et ne sanctionna pas, par une action, les relations juridiques que la gestion du tuteur créait entre lui et son pupille.

Mais les mœurs vinrent combler les lacunes de la loi. Le tuteur était justiciable de l'opinion publique, représentée par le censeur (*nota censoria*), ou par un arbitre (*arbitrium tutelae*). Tant que la pureté des mœurs se conserva, il y eut là une sanction suffisante. Le tuteur n'abusait pas d'un pouvoir qui d'ailleurs était, le plus souvent, organisé dans son

intérêt. Mais la décadence des mœurs fit apparaître le danger et fit sentir la nécessité d'une sanction plus énergique. Le préteur intervint ; il contraignit le tuteur à gérer les biens de son pupille et en revanche il lui donna une action pour réclamer à son pupille ce que celui-ci lui devait comme reliquat des comptes de tutelle. La loi prit des mesures pour garantir, à l'inverse, le recours du pupille contre son tuteur. Dès lors, on peut dire que la tutelle était organisée dans l'intérêt du pupille.

A côté de la tutelle des impubères apparut et se développa une autre institution, qui tendit de plus en plus à se rapprocher de la première : c'était la curatelle des pubères mineurs de vingt-cinq ans. La loi romaine reconnaissait aux personnes sorties de l'impuberté la pleine capacité juridique. Cette règle subsista toujours théoriquement, mais, dans la pratique, on ne tarda pas à y apporter des tempéraments et à prendre des mesures de protection spéciales en vue des individus pubères n'ayant pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans. On les plaça sous la direction d'un curateur, de sorte qu'en fait l'âge de l'entière capacité juridique fut reporté à vingt-cinq ans. La curatelle, dans le dernier état du droit, ne fut plus guère qu'un prolongement de la tutelle. C'est ce que nous allons montrer en étudiant sommairement la tutelle des impubères et la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

De la tutelle. — En droit romain, il y avait deux sortes de personnes en tutelle : les femmes pubères *sui juris* et les impubères *sui juris*.

La tutelle des femmes tomba peu à peu en désuétude. Elle était en effet condamnée à disparaître, à l'époque où la tutelle fut conçue comme une institution tendant à défendre les intérêts de la personne en tutelle et non pas ceux du tuteur. Nous n'avons donc à nous occuper que de la tutelle des impubères.

La règle fondamentale en la matière est que, seuls, les individus *sui juris* sont placés en tutelle [1]. L'impubère *alieni*

[1] Accarias, *Précis de dr. rom.*, I, n. 123 ; Girard, *Manuel élément. de dr. rom.*, p. 127.

juris a un protecteur dans la personne de son *paterfamilias*. Ainsi la tutelle et la puissance paternelle ne peuvent coexister; règle que notre droit n'a pas conservée, comme nous l'avons déjà vu, mais qui, aujourd'hui encore, est consacrée par un assez grand nombre de législations étrangères. Donc, pour que la tutelle s'ouvre, il faut que l'impubère soit affranchi de la puissance paternelle; d'où résulte cette conséquence que la mort de la mère ne peut jamais donner lieu à l'ouverture de la tutelle, et que la mort du père lui-même ne produit pas cet effet, lorsque l'enfant n'est pas directement placé sous la puissance de son père (1).

Par son principe, la tutelle est de droit naturel. Mais, par son organisation, elle appartient au droit civil, ce qui s'explique par l'influence que les mœurs et la constitution de la famille ont exercée sur elle. Dès lors, le tuteur ne peut être qu'un citoyen romain, et la tutelle ne peut être établie que sur un citoyen romain (2).

On distingue trois catégories de tuteurs : les tuteurs testamentaires, les tuteurs désignés par la loi, et les tuteurs nommés par les magistrats.

Dans le droit primitif, le droit de nommer un tuteur testamentaire était uniquement un attribut de la *patria potestas*. Seul le *paterfamilias* avait ce droit, et il ne pouvait nommer un tuteur testamentaire qu'à ceux de ses descendants qui, étant placés directement sous sa puissance, devenaient *sui juris* par sa mort. D'autre part, la *datio tutoris* faisait partie intégrante du testament et le sort en était lié à celui du testament. Puis, on s'écarta des principes admis au début et l'on en arriva à valider indirectement des nominations de tuteurs faites, soit dans un testament nul ou un codicille non confirmé, soit par une personne qui n'était pas investie de la *patria potestas* sur l'impubère. On considéra surtout les garanties que donnaient au pupille, soit l'affection naturelle du testateur, soit l'intérêt qu'il portait à l'enfant et dont il lui donnait la preuve dans son testament. C'est ainsi qu'on

(1) Accarias, I, n. 124.
(2) Accarias, *loc. cit.*

permit la nomination d'un tuteur par le père n'ayant pas la puissance paternelle sur son enfant, par la mère, ou même, sans certaines conditions, par un étranger. Seulement, cette nomination n'était définitive qu'après confirmation du magistrat, qui, dans certains cas, devait procéder à une enquête [1].

La tutelle testamentaire avait les préférences du législateur. C'était seulement à défaut de tuteur testamentaire qu'il y avait lieu à la tutelle légitime. Celle-ci, déférée au hasard des vocations héréditaires, ne présentait pas des garanties suffisantes; aussi, lorsque se fut affermie l'idée que la tutelle devait avoir pour but de sauvegarder les intérêts du pupille et non ceux de sa famille, la jurisprudence tendit de plus en plus à l'écarter pour la remplacer par la tutelle dative, déférée par le magistrat en connaissance de cause [2].

La tutelle dative prit donc une importance sans cesse grandissante. Bien que théoriquement exceptionnelle, elle était peut-être, dans le dernier état du droit, la plus ordinaire en fait. Et c'est par elle que se manifestait surtout l'intervention de l'autorité publique dans l'organisation de la tutelle.

Voilà comment le tuteur était nommé. Quel était son rôle? L'idée fondamentale du droit romain est la suivante : le tuteur n'a pas de pouvoirs sur la personne de son pupille; la garde de celui-ci ne lui est pas confiée et le pupille n'a pas chez lui son domicile. Les pouvoirs du tuteur ont trait seulement au patrimoine de l'impubère, et il en est de même de ses obligations [3].

Toutes les obligations du tuteur se ramènent à celle-ci : conserver et, dans la mesure du possible, augmenter la fortune de son pupille. Il est donc tenu de gérer en bon père de famille le patrimoine de celui-ci.

Pour faire face à ses obligations, il est investi par la loi de certains pouvoirs. Ses fonctions consistent à gérer la fortune du pupille et à lui fournir son *auctoritas* [4]. Dans le second

[1] Accarias, I, n. 137 s.; Girard, p. 158, 159.
[2] Accarias, I, n. 139; Girard, p. 200.
[3] Accarias, I, n. 140; Girard, p. 203.
[4] Ulpien, *Reg.*, XI, 25; Accarias, I, n. 143.

cas, le tuteur se borne à assister le pupille dans un acte juridique, en vue duquel il complète la personnalité du pupille. C'est ce dernier qui est partie à l'acte, dont les effets, par conséquent, se produisent directement dans sa personne, activement et passivement. Lorsque, au contraire, le tuteur gère, il agit personnellement pour le compte de son pupille et c'est lui-même qui est partie à l'acte. Le droit romain n'admettant pas la représentation, les conséquences actives et passives de l'acte se produisent en la personne du tuteur, d'où la nécessité d'un règlement de comptes entre le tuteur et le pupille. Un pareil système présentait des inconvénients sérieux. D'une part, en effet, il donnait lieu à des complications gênantes, puisque le même acte engendrait deux séries de relations juridiques et d'actions : l'une entre le tuteur et le tiers avec lequel il avait traité, l'autre entre le tuteur et le pupille. D'autre part, il pouvait être funeste pour le tuteur ou le pupille, dans le cas où l'un ou l'autre se trouvait insolvable au moment du règlement des comptes. Aussi le principe de la non-représentation fut-il progressivement entamé. On admit qu'à la cessation de la tutelle, les actions nées des actes accomplis par le tuteur seraient données au pupille ou contre lui à titre d'actions utiles [1]. Et dès lors, on put, sans injustice, contraindre le tuteur à administrer (L. I, pr., D., XXVI, 7).

Dans quels cas le tuteur pouvait-il se contenter de gérer, dans quels cas ne pouvait-il que fournir son *auctoritas?* Lorsque le pupille était absent ou *infans*, il n'y avait évidemment aucune place pour l'*auctoritas*. Seule la *gestio* était possible, si la nature de l'acte s'y prêtait. Dans toute autre hypothèse, le tuteur avait le choix entre la *gestio* et l'*auctoritas*, à moins que la nature de l'acte ou ses formes spéciales n'exigeassent l'intervention personnelle du pupille. A ce point de vue, il y avait lieu de distinguer trois catégories d'actes juridiques. Les uns pouvaient être faits soit par le pupille *tutore auctore*, soit par le tuteur seul. C'étaient de beaucoup les plus nombreux. D'autres, à raison de leur

[1] Accarias, I, n. 145; Girard, p. 207.

nature, exigeaient une manifestation personnelle de volonté de la part du principal intéressé ; cette sorte d'actes n'est pas spéciale au droit romain, et nous la retrouverons dans notre législation. D'autres enfin, à raison des conditions particulières de *forme* auxquelles ils étaient soumis, ne pouvaient être faits que par le pupille, avec l'*auctoritas* de son tuteur, et le tuteur ne pouvait pas les accomplir pour le compte du pupille. Cette règle s'explique par le formalisme romain. Aussi lorsque le droit eut perdu son caractère formaliste, le nombre de ces actes diminua, et, par cela même, le domaine de la *gestio* s'étendit. Les principaux de ces actes étaient les *legis actiones*, l'*in jure cessio*, la mancipation, l'acceptilation, l'adition et la répudiation d'une hérédité. Les *legis actiones* disparurent et furent remplacées par la procédure formulaire, dans laquelle le tuteur pouvait plaider pour le compte de son pupille. L'*in jure cessio* et la mancipation furent supprimées par Justinien. L'*acceptilatio* subsistait encore au temps de Justinien, mais il était permis au tuteur de faire au nom du pupille un pacte *de non petendo*. Quant à l'adition d'hérédité, il fut décidé au ve siècle que, tant que le pupille était *infans*, le tuteur pourrait la faire au nom de celui-ci. D'ailleurs il avait toujours été possible au tuteur de demander la *bonorum possessio*, quand le pupille était appelé à la succession par le droit prétorien, et l'on sait que le système des successions prétoriennes l'avait progressivement emporté sur le système du droit civil. Enfin, sans doute le tuteur n'avait pas le pouvoir de répudier l'hérédité échue au pupille, mais il pouvait procurer à celui-ci le bénéfice d'abandon, quand il était héritier sien et nécessaire.

Ainsi, l'organisation romaine de la tutelle, si différente à ses débuts de celle de notre droit moderne, tendait à s'en rapprocher. En effet, le domaine de la *gestio* s'accroissait au détriment de celui de l'*auctoritas*, et, d'autre part, l'idée de la représentation du pupille par son tuteur s'était introduite dans le droit. Comme nous le verrons, l'évolution se poursuivit dans notre législation ancienne, héritière sur ce point des traditions romaines.

Il était certains actes que la loi défendait au tuteur de faire

pour le compte du pupille et que le pupille ne pouvait même pas accomplir avec l'*auctoritas tutoris*. C'étaient ceux qui, par leur objet et leurs effets, étaient contraires au but même de la tutelle, qui est d'assurer la conservation du patrimoine du pupille. C'est là une idée qui se retrouve naturellement dans toutes les législations. Tels étaient la donation et aussi, en principe du moins, l'affranchissement. D'autres étaient permis ou défendus au tuteur selon les circonstances : par exemple la transaction, la novation, la délation de serment, l'acquiescement à un jugement ou à une demande en justice et le désistement. Primitivement, le tuteur pouvait aliéner à titre onéreux les biens du pupille ou lui fournir à cet effet son *auctoritas*. Mais un sénatusconsulte rendu sous Septime Sévère [1] vint restreindre ses pouvoirs en ce qui concernait les *prædia rustica vel suburbana*. Les dispositions du sénatusconsulte furent étendues par Constantin aux *prædia urbana* et même à certains meubles précieux. Et la jurisprudence assimila à l'aliénation de la propriété la constitution des droits réels ou leur aliénation [2].

Lorsque le pupille devenait pubère, la tutelle prenait fin. Il acquérait alors une capacité pleine et entière et il pouvait faire seul tous les actes de la vie civile. Telle était du moins la règle primitivement admise. Mais on en comprit de bonne heure les inconvénients, et on chercha à protéger contre eux-mêmes les individus sortis récemment de l'impuberté. Un certain nombre de mesures furent prises en faveur des mineurs de vingt-cinq ans. Nous allons les passer sommairement en revue, dans la vue principalement de montrer comment la curatelle, d'abord entièrement distincte de la tutelle, tendit de plus en plus à se rapprocher de celle-ci.

Curatelle des pubères mineurs de vingt-cinq ans. — C'est de l'époque impériale que date l'institution des curateurs permanents et généraux [3]. Cette curatelle n'était pas

[1] L. I, § 2, D., XXVII, 9.

[2] Accarias, I, n. 149; Girard, p. 210.

[3] Avant l'institution des curateurs permanents, le mineur pouvait seulement être pourvu d'un curateur spécial dans les cas visés par la loi *Plætoria*. Accarias, I, n. 168; Girard, p. 223.

d'ailleurs imposée au mineur, du moins en principe [1]. Dans certains cas cependant, il en était autrement. Ainsi quand un impubère en tutelle devenait pubère, il est vraisemblable que le curateur qui lui était donné pour la réception des comptes de tutelle conservait ensuite ses fonctions [2]. A côté de ce cas, il en était d'autres où le mineur pouvait être contraint de recevoir un curateur, non plus permanent et général, mais spécial en vue d'un acte juridique déterminé, et dont les fonctions prenaient fin une fois l'acte accompli. En dehors de ces diverses hypothèses, la règle générale reprenait son empire : le mineur n'était pourvu d'un curateur permanent que sur sa demande. La protection qui lui était donnée par la loi n'était donc pas absolument complète.

Comme la tutelle, la curatelle était une charge publique. Mais, au début tout au moins, elle différait très notablement de la tutelle. Tandis que la tutelle avait pour but de protéger une personne incapable, la curatelle avait pour objet de fournir un guide à une personne pleinement capable en droit, mais inexpérimentée en fait. Le tuteur était donné à la personne ; il venait compléter la personnalité du pupille en lui fournissant son *auctoritas;* le curateur, au contraire, donnait au mineur un simple *consensus*. De cette différence de nature découlaient des différences profondes dans la forme et dans le fond. Mais ces divergences, si tranchées au début, s'atténuèrent de plus en plus, au fur et à mesure que l'institution de la tutelle évolua.

Tout d'abord, comme nous l'avons indiqué, on chercha à prolonger l'incapacité jusqu'à la majorité et à frapper les mineurs de vingt-cinq ans pubères d'une incapacité ayant la même nature que celle dont étaient atteints les impubères sortis de l'*infantia*. En outre, les différences de forme entre l'*auctoritas* et le *consensus* tendirent à disparaître. Sans doute, même sous Justinien, l'*auctoritas* impliquait encore le concours personnel du tuteur à l'acte. Mais, à cette époque, et peut-être depuis longtemps, il n'était plus nécessaire de pro-

(1) *Inst. Just.*, I, XXIII, 2.
(2) Ascoli, I, n. 169.

noncer des paroles solennelles. Enfin, en fait, le curateur ne se bornait pas à donner son *consensus* au mineur; il gérait les biens de celui-ci, comme le tuteur gérait les biens du pupille. Or, comme nous l'avons vu, la *gestio* était devenue la fonction principale du tuteur. Les règles qui s'appliquaient à la gestion du tuteur gouvernaient aussi celle du curateur. Les pouvoirs du curateur subissaient les mêmes restrictions que ceux du tuteur. On suivait les principes de la tutelle relativement au transport des actions résultant de l'administration du curateur, ainsi qu'aux obligations et à la responsabilité de celui-ci. Il en était de même en ce qui concernait les actions du mineur contre son curateur, avec cette différence cependant que l'action *de distrahendis rationibus* n'était pas admise en matière de curatelle et que l'action donnée au mineur ne constituait pas une action originale : c'était l'action *negotiorum gestorum utilis*, soumise d'ailleurs à des règles analogues à celles de l'action *tutelæ*. A d'autres points de vue encore, la curatelle ressemblait à la tutelle : par exemple en ce qui touchait les nominations par le magistrat, les satisdations à fournir par le curateur, les causes d'incapacité, d'exclusion et d'excuse. Enfin les causes qui mettaient fin à la tutelle entraînaient également la cessation de la curatelle (1). Mais il n'y avait ni curatelle légitime, ni curatelle testamentaire.

En résumé, si l'on envisage le dernier état du droit romain, l'on peut dire avec assez d'exactitude que la curatelle est un prolongement de la tutelle (2). Les deux institutions sont néanmoins encore distinctes l'une de l'autre. Mais l'évolution va se poursuivre dans notre ancien droit, et elle sera arrivée à son terme lors de la rédaction du code civil.

301. Qu'était la tutelle chez les peuples barbares qui envahirent la Gaule, il est malaisé de le déterminer et l'on est à peu près réduit aux conjectures. Les documents sont plus nombreux en ce qui concerne l'organisation de la tutelle à partir du moyen-âge. L'étude de la tutelle dans notre ancien droit est des plus délicates. Deux influences, en effet, s'exer-

(1) Accarias, I, n. 176; Girard, p. 226.
(2) Girard, *loc. cit.*

cent en cette matière : l'influence germanique et l'influence romaine. Deux idées entrent en lutte : l'idée de la protection due au mineur, et celle de la sauvegarde des intérêts de la famille et du mineur. De là des institutions variées, dont il n'est pas toujours facile de discerner le domaine respectif et de suivre l'évolution dans la complexité et la diversité des coutumes.

I. *Pays de droit écrit.* — Dans les pays de droit écrit, nous retrouvons à peu près les règles en vigueur dans le dernier état du droit romain: La tutelle, comme au temps de Justinien, est une institution protectrice des intérêts du pupille. Comme à Rome, elle est incompatible avec la puissance paternelle. Mais l'évolution que nous avons signalée tout à l'heure se poursuit. Ainsi la nomination du tuteur testamentaire paraît avoir été soumise dans tous les cas à la nécessité d'une confirmation judiciaire, au moins dans les pays de droit écrit ressortissant au Parlement de Paris (1). La tutelle légitime des ascendants est inconnue : seuls le père et, à défaut du père, la mère y sont appelés. La tutelle dative prend une importance considérable. Elle constitue véritablement la tutelle de droit commun, non seulement dans les pays de droit écrit, mais aussi dans les pays de coutumes, où elle s'est introduite sous l'influence du droit romain.

Lorsque le pupille devenait pubère, la tutelle était remplacée par la curatelle. Le mineur restait en curatelle jusqu'à ce qu'il eût atteint l'*ætas legitima,* qui était fixée à vingt-cinq ans, comme dans le droit romain. En ce qui concerne la nomination du curateur, les règles variaient suivant les régions. Dans les unes, le tuteur demeurait en fonctions, en qualité de curateur (2). Dans les autres, le juge nommait la personne choisie par le mineur; c'était l'application mitigée de la maxime romaine : *Curator invito non datur.* Cette maxime n'était pas suivie à la lettre, car un curateur pouvait

(1) Les témoignages des auteurs cependant ne sont pas concordants. Argou, *Instit. au dr. franç.*, I, chap. VIII, p. 45 s.; Denisart, *Coll.*, v° *Tutelle*, n. 9; Ferrière, *Dictionn. de dr. et de prat.*, v° *Tutelle*; Merlin, *Répert.*, v° *Tutelle*, sect. II, § 1.

(2) Bouhier, op. cit., ch. II, n. 7.

être imposé au mineur. Si celui-ci ne le choisissait pas lui-même, il y était contraint par sa famille ou par son ancien tuteur, qui le faisait condamner à présenter, dans un certain délai, un curateur à l'agrément du juge. Faute par le mineur de déférer à cette sommation, les parents s'assemblaient pour élire un curateur, qui ne pouvait d'ailleurs entrer en fonctions qu'après avoir reçu l'investiture du juge [1].

II. *Pays coutumiers.* — La tutelle avait été introduite dans les régions du nord de la France, sous l'influence du droit romain, dans le but de corriger les inconvénients que présentaient les institutions coutumières, de combler leurs lacunes, et de remédier aux dangers qui en résultaient pour les intérêts du mineur. De la sorte, il existait dans ces pays deux institutions parallèles, dérivées de sources différentes : d'une part, la garde ou le bail, d'origine coutumière, concernant surtout les biens du mineur et organisé plutôt dans l'intérêt de la famille que dans celui de l'enfant ; d'autre part, la tutelle (et, dans quelques coutumes, la curatelle), institution dérivée du droit romain et dont le but était de sauvegarder les intérêts du pupille. Comme nous l'avons précédemment montré, la garde se rapprochait à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle.

La tutelle était, en général, soumise aux mêmes règles dans toutes les parties de la France. Il existait cependant certaines divergences entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes. Deux surtout méritent d'être mises en lumière.

1° Tout d'abord, les coutumes, en très grande majorité, ne distinguaient pas entre les mineurs proprement dits et les impubères. La tutelle continuait jusqu'à la majorité du pupille, qui était généralement fixée à vingt-cinq ans. Il en était cependant autrement dans certaines coutumes, notamment dans celle d'Orléans [2], où c'était la règle romaine qui était observée. Les mineurs parvenus à la puberté étaient placés en curatelle. Mais il n'y avait là, en réalité, qu'une simple divergence de dénominations. Le curateur ne diffé-

[1] Sur ces divers points, V. Meslé, *op. cit.*, *Préface*, n. 26.
[2] Art. 182.

rait en aucune manière du tuteur. « Tuteur et curateur n'est qu'un », disait l'adage coutumier. Pothier nous apprend que le curateur n'était pas même nommé et que le tuteur restait en fonctions jusqu'à la majorité du mineur [1].

2° En outre, et c'était là une différence très remarquable entre les pays de coutumes et ceux de droit écrit, ces derniers, où les traditions romaines s'étaient conservées plus vivaces n'admettaient pas la coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle. Ces deux institutions pouvaient au contraire coexister dans les pays de coutumes, où la puissance paternelle était organisée tout autrement qu'elle ne l'était en droit romain. De ces conceptions divergentes de la puissance paternelle résultait cette conséquence, que les causes qui donnaient ouverture à la tutelle n'étaient pas les mêmes dans les pays de coutumes que dans ceux de droit écrit. D'une manière générale, on peut dire que la tutelle s'ouvrait à la dissolution du mariage par le décès de l'un des deux époux [2]. Or c'était précisément la cause qui donnait lieu à la garde (*supra*, n. 147). Chacune des deux institutions avait son domaine propre, et il y avait lieu à la tutelle dans les cas et dans la mesure où le mineur n'était pas soumis à l'autorité du gardien. En conséquence, on donnait au mineur un tuteur :

1° Quand, à la dissolution du mariage, il n'existait personne qui fût capable d'exercer la garde noble ou bourgeoise ;

2° Lorsque ceux qui y étaient appelés y renonçaient ;

3° Lorsque le gardien était écarté comme indigne ;

4° Quand il n'y avait pas lieu à la garde. Ainsi, dans les coutumes qui n'admettaient pas la garde bourgeoise, un tuteur était nommé au mineur roturier.

5° Quand il n'y avait plus lieu à la garde. La garde prenait fin en effet avant la majorité de l'enfant. Celui-ci était alors placé en tutelle jusqu'à ce qu'il eût atteint sa majorité, qui, dans la plupart des coutumes, était fixée à vingt-cinq ans ;

(1) Pothier, sur l'art. 182 de la coût. d'Orléans : Meslé, *op. cit.*, ch. II, n. 5 et 7 ; ch. X, n. 2.

(2) Cpr. Meslé, *op. cit.*, ch. I, n. 7 ; ch. II, n. 4 ; Argou, *op. cit.*, liv. I, ch. VIII, p. 44 ; Denisart, *op. cit.*, n. 3.

6° Enfin le mineur était représenté par un tuteur dans les actes juridiques qui excédaient les limites des pouvoirs du gardien. Dans les coutumes qui admettaient la garde bourgeoise uniquement pour les fiefs échus aux mineurs roturiers, l'administration des biens non nobles était confiée à un tuteur. D'après la coutume de Paris (art. 270), un tuteur était chargé des affaires qui ne concernaient ni les meubles, ni les fruits des immeubles. D'ailleurs, le gardien lui-même pouvait être investi des fonctions de tuteur (art. 271).

Telles étaient les causes qui donnaient ouverture à la tutelle. Comment était-elle déférée? Les coutumes, en général, n'admettaient ni la tutelle testamentaire (1), ni la tutelle légitime (2). La règle était que toutes les tutelles sont datives (3). La tutelle dative était donc de beaucoup la plus fréquente. Dans toutes les parties de la France, la nomination du tuteur était faite par l'autorité judiciaire, qui prenait au préalable l'avis des parents (4). Les règles relatives à la composition de l'assemblée de famille variaient suivant les coutumes. Certaines d'entre elles prescrivaient de convoquer un nombre déterminé de parents (5); dans les autres, il ne paraît pas qu'il y eût, à cet égard, de règles bien précises. Tantôt le vote émis par les parents s'imposait au juge, qui devait se borner à conférer l'investiture au tuteur élu par eux (6). Le plus souvent, ce vote constituait pour le juge une simple indication, à laquelle il n'était pas tenu de se conformer (7). Dans certaines régions du nord-est, c'était l'autorité publique elle-même qui était investie de la tutelle; elle la faisait gérer par un agent placé sous sa dépendance (8).

(1) Argou, *op. cit.*, I, VIII, p. 51; Denisart, v° *Tutelle*, n. 19; Meslé, *op. cit.*, ch. V, n. 6; Pothier, *Tr. des personnes*, liv. I, tit. VI, sect. IV, art. 1.

(2) Dans la coutume d'Orléans, la garde bourgeoise n'était guère, sous un autre nom, qu'une tutelle légitime. La plupart des coutumes répudiaient toute tutelle légitime, même celle du père. Argou, *loc. cit.*; Meslé, *op. cit.*, chap. VI, n. 3; Pothier, *op.* et *loc. cit.*

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. II, § 1, 2; Denisart, v° *Tutelle*, n. 17; Argou, *loc. cit.*; Meslé, *op. cit.*, *Préface*, n. 6 s., chap. II, n. 4, 13.

(4) Argou, *loc. cit.*, et I, VIII, p. 48; Pothier, *op.* et *loc. cit.*

(5) Meslé, chap. VII, n. 9; Merlin, *op.* et v° *cit.*, sect. II, § 3, art. 3.

(6) Bretagne, *Edit des tutelles de 1732*, art. 41.

(7) Denisart, v° *cit.*, n. 16; Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, sect. II, § 3, art. 4.

(8) Merlin, *Rép.*, v° *Tuteurs en chef*.

La tutelle dative, constituant une charge publique, s'imposait à ceux qui en étaient investis par le juge. Ceux-ci ne pouvaient refuser d'en remplir les fonctions, à moins qu'ils ne fussent en mesure d'invoquer une des causes d'excuse admises par le droit.

Les pays de droit écrit admettaient, comme l'avait fait la législation romaine, que plusieurs personnes pouvaient être en même temps chargées de la tutelle. Seulement on prenait des mesures pour empêcher la pluralité de tuteurs de nuire à la bonne administration du patrimoine du mineur. Au contraire, les coutumes voulaient qu'un seul tuteur fût donné au mineur. Tel était du moins le principe. Ce principe comportait certaines exceptions. Par exemple, lorsque le mineur avait des biens situés dans plusieurs provinces, on pouvait lui nommer un tuteur pour chaque groupe de biens. Il en était de même lorsque le mineur, possédant des biens en France, en avait également aux colonies ou à l'étranger [1].

Le tuteur n'était pas l'unique organe de la tutelle dans notre ancien droit. A côté de lui, il en existait d'autres, chargés de l'assister ou de le contrôler dans l'accomplissement de sa mission.

1° C'étaient d'abord les tribunaux, en qui résidait le pouvoir supérieur.

2° Les parents jouaient également un rôle important dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle. Mais leurs attributions ne paraissent pas avoir été très nettement définies, ni réglées uniformément. Le tuteur pouvait toujours prendre l'avis d'une assemblée de famille. Dans certains cas, il était obligé de consulter les parents.

3° Le conseil de tutelle était une institution exceptionnelle. Les mineurs appartenant à une maison princière en recevaient un, qui était choisi par leurs parents, ou par le Parlement, parfois même par le roi, en cas de désaccord des parents. Il arrivait aussi quelquefois que le juge ordinaire nommât un conseil de tutelle, sur la demande des parents,

(1) Merlin, *op. cit.*, *Préface*, n. 32, et chap. VII, n. 19. — De même, on pouvait nommer un tuteur honoraire et un tuteur onéraire. Argou, *loc. cit.*, p. 49 s.

aux personnes d'une condition sociale élevée. Le conseil de tutelle avait une fonction purement consultative. Le tuteur devait prendre son avis, mais n'était pas tenu de s'y conformer.

4° Enfin, dans plusieurs pays de coutumes, un subrogé tuteur était adjoint au tuteur. Il était nommé par une assemblée de famille. Sa mission était double : il devait assister à la confection de l'inventaire, et il représentait le mineur dans ses procès contre le tuteur [1]. Beaucoup de coutumes ignoraient cette institution. Elles prescrivaient simplement de donner au mineur un *curateur aux actions contraires* [2].

Des pouvoirs du tuteur. — Les pouvoirs du tuteur étaient relatifs à la personne et aux biens du mineur.

Dans les pays de coutumes, le tuteur avait sur la personne du mineur des pouvoirs analogues à ceux qui découlaient de la puissance paternelle, telle qu'elle était organisée par le droit coutumier, mais moins étendus cependant [3]. Ces pouvoirs lui étaient conférés surtout pour lui permettre de remplir les devoirs dont il était tenu envers son pupille, car la tutelle était organisée dans l'intérêt de celui-ci. Comme le père ou la mère, le tuteur avait le droit et le devoir de diriger l'éducation de son pupille. A cet effet, il pouvait le garder dans sa maison ou le placer dans un établissement d'instruction. Les parents et les tribunaux le surveillaient dans l'accomplissement de sa mission. Ils pouvaient même, si les convenances l'exigeaient, lui retirer la garde de l'enfant et confier celui-ci à une autre personne. En ce qui concerne le droit de correction, le tuteur était soumis à des restrictions que la puissance paternelle ne comportait pas. Ainsi il ne pouvait, de sa seule autorité, faire incarcérer l'enfant dans une maison de force. Si cette mesure lui paraissait nécessaire, le juge ne pouvait l'ordonner que sur l'avis de la famille.

Les pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur étaient très étendus, dans les pays de coutumes comme dans ceux de droit écrit. Le vieux principe de non représentation, déjà

(1) Argou, *loc. cit.*, p. 52.
(2) Pothier, *Des personnes*, tit. VI, sect. V, art. 2.
(3) Pothier, *Des personnes*, tit. VI, sect. IV, art. 3, § 1

fortement battu en brèche dans le droit romain, avait été abandonné. Le tuteur était donc le représentant du pupille, et les actes juridiques qu'il accomplissait dans les limites de ses pouvoirs étaient censés faits par ce dernier. C'est ce qu'exprimait l'adage : le fait du tuteur est celui du mineur.

Le tuteur agissait donc seul, sans l'intervention du mineur. Mais le pupille pouvait aussi bien agir avec l'autorisation de son tuteur. Les deux procédés aboutissaient aux mêmes résultats. Les vieux auteurs disent indifféremment que les actes juridiques sont accomplis par le tuteur au nom du mineur, ou par le pupille autorisé par le tuteur.

Le tuteur avait des pouvoirs aussi étendus que s'il était propriétaire des biens de son pupille ; il était *domini loco* (1). Cette formule cependant ne doit pas être prise absolument à la lettre. Par suite des restrictions qui y avaient été successivement apportées, les pouvoirs du tuteur n'étaient, en fait, comparables aux droits du propriétaire, qu'en ce qui concernait les actes d'administration. Dans cette mesure, le tuteur pouvait agir seul et sans aucune autorisation. Il n'était pas tenu, en principe, de consulter la famille ; mais il le faisait, par prudence, dans les cas particulièrement épineux. Les pouvoirs du tuteur ne s'étendaient pas, en fait, au-delà des limites de la large administration. Ainsi, il lui était interdit, non seulement de faire, pour le compte du pupille, des donations, à l'exception des donations modiques, de bienséance ou rémunératoires, mais encore d'aliéner les immeubles à titre onéreux. L'aliénation à titre onéreux des immeubles ne lui était permise qu'en vertu d'un décret du juge, rendu sur l'avis de la famille, et en cas de nécessité (2). Certaines coutumes ne prescrivaient aucune forme particulière pour ces aliénations ; le tuteur pouvait donc les faire à l'amiable, sauf la faculté pour le mineur d'en demander la rescision pour cause de lésion ; dans d'autres, au contraire, certaines formalités étaient imposées au tuteur. C'est ainsi qu'à Paris la vente

(1) Merlin, *op. cit.*, vb. VIII, n. 13. Pothier, *op.* et *loc. cit.*, § 2.

(2) Mais il pouvait librement aliéner, à titre onéreux, les meubles du mineur. Pothier, *op. et loc. cit.*

devait, en principe, être faite à la barre du tribunal, après une estimation par experts, et des publications et affiches [1]

Les obligations incombant au tuteur, relativement aux biens du mineur, étaient en corrélation étroite avec les pouvoirs qui lui étaient conférés. Les unes lui étaient imposées au moment de son entrée en fonctions, les autres au cours de sa gestion. Ainsi, dans les pays de droit écrit, le tuteur, à l'exception de la mère ou de l'aïeule, et du tuteur testamentaire, devait déclarer, avant de commencer son administration, s'il avait quelque droit contre son pupille [2]. De même il était tenu dans les pays de droit écrit, sauf s'il avait été institué par le testament du père [3], de fournir la caution *rem pupilli salvam fore*. Cette obligation n'était pas généralement imposée au tuteur par le droit coutumier. Dans toutes les parties de la France, au contraire, le tuteur devait faire inventorier les biens confiés à son administration [4]; à défaut d'inventaire, la preuve de la consistance et valeur des meubles pouvait se faire par tous moyens, même par la commune renommée. De même, on demandait à tout tuteur, à l'exception des tuteurs légitimes, de prêter le serment de gérer fidèlement les affaires du pupille [5]. Enfin, à moins d'une autorisation spéciale des parents, les meubles devaient être vendus aux enchères par le ministère d'un officier public; s'ils n'étaient pas vendus, le tuteur en devait le prix d'estimation augmenté de la *crue,* qui, suivant les coutumes, était du quart ou du cinquième du prix porté à l'inventaire. — Les obligations imposées au tuteur au cours de la tutelle se ramenaient toutes à ce devoir primordial : conserver et augmenter, autant que possible, la fortune du pupille. En conséquence, le tuteur devait, dans un certain délai, faire emploi des deniers pupillaires, sinon en payer les intérêts ; poursuivre les débiteurs du mineur, et accomplir les actes conservatoires et d'administration ; le tout sous sa responsabilité per-

[1] Meslé, *op. cit.*, ch. VIII, n. 17 s. ; Pothier, *op.* et *loc. cit.*
[2] Argou, *op. cit.*, liv. I, ch. VIII, p. 55.
[3] Argou, *loc. cit.*, p. 46.
[4] Meslé, *op. cit.*, ch. VIII ; Pothier, *op.* et *loc. cit.*, art. 4.
[5] Pothier, *op.* et *loc. cit.*

sonnelle [1]. Ordinairement, il faisait régler par le juge, sur l'avis de la famille, la somme à dépenser annuellement pour l'entretien et l'éducation du mineur; mais il n'y était pas strictement tenu. En principe, ces dépenses devaient être inférieures aux revenus, et le tuteur ne pouvait pas entamer le capital du pupille, à moins cependant qu'il n'y fût autorisé par le juge sur l'avis des parents.

Les charges qui pesaient sur le tuteur étaient donc assez lourdes. Pouvait-il réclamer une rémunération? Les coutumes, en général, ne l'admettaient pas : elles faisaient de la tutelle une fonction purement gratuite. La coutume de Normandie allouait cependant au tuteur, pour sa peine et ses faux frais, un dixième des revenus du mineur. Partout, lorsque la tutelle était particulièrement difficile à gérer, on permettait au tuteur de se faire aider par des agents, dont le salaire était réglé par l'assemblée de famille. De même lorsque, ce qui arrivait parfois pour les personnes de distinction, on donnait au mineur un tuteur honoraire et un tuteur onéraire, ce dernier, d'ordinaire, recevait un salaire.

La tutelle prenait fin, soit *a parte tutoris*, soit *a parte pupilli*. Le tuteur devait alors rendre compte de son administration [2]. Le mineur, devenu majeur, était, jusqu'à la reddition de ce compte, réputé mineur dans ses relations avec son ancien tuteur. Les contrats et les transactions passés entre eux pouvaient être déclarés nuls sur la demande du pupille, qu'on avait voulu ainsi protéger contre lui-même. Des règles différentes étaient observées, suivant que le compte de tutelle se soldait en faveur du tuteur, ou au profit du pupille. Dans le premier cas, c'était le droit commun qui recevait son application, à cette exception près cependant que, dans les pays de droit écrit, la créance du tuteur était garantie par une hypothèque tacite [3]. Au contraire le pupille jouissait de faveurs spéciales, quand il avait un recours à exercer contre son ancien tuteur. Tout d'abord sa créance était assortie, dans les pays de coutumes, comme dans ceux de droit

[1] Pothier, *op. et loc. cit.*, art. 4 et 6.
[2] Meslé, *op. cit.*, ch. XII; Pothier, *op.* et *loc. cit.*, art. 6.
[3] Meslé, *op. cit.*, ch. XII, n. 52.

écrit, d'une hypothèque tacite, dont le rang variait suivant les hypothèses [1]. Cette hypothèque grevait les biens, non seulement du tuteur, mais encore du curateur et de tous ceux qui s'étaient ingérés dans l'administration de la tutelle, sans en avoir le droit. Outre cette hypothèque tacite, le pupille avait encore un recours contre les cautions, en cas d'insolvabilité du tuteur, dans les pays où celui-ci était astreint à fournir caution. Dans un certain nombre de coutumes, il pouvait même exercer un recours subsidiaire contre les *nominateurs*, c'est-à-dire contre les parents qui avaient choisi le tuteur et le juge qui l'avait nommé [2]. Enfin, les intérêts de la créance du pupille contre son tuteur couraient de plein droit, sans qu'il fût besoin de sommation ou de demande en justice, et le pupille était autorisé, sous certaines conditions, à user contre son tuteur de la contrainte par corps.

302. Telles étaient les règles qui gouvernaient, dans notre ancien droit, la tutelle des mineurs. Comme nous l'avons vu, l'unité législative ne s'était pas encore faite sur la matière. Le législateur révolutionnaire ne réalisa pas cette unification. Il ne s'occupa du reste pas, directement du moins, de notre institution. Les réformes qu'il y introduisit ne furent que les conséquences d'autres innovations d'une portée plus générale. Une des œuvres les plus importantes de l'Assemblée constituante fut la refonte de l'organisation judiciaire. Les anciennes juridictions disparurent, et de nouvelles juridictions leur furent substituées. La loi des 16-24 août 1790 créa, par son titre III, l'institution des juges de paix, auxquels elle transporta les attributions qui, en matière de tutelle, appartenaient autrefois aux juges ordinaires (V. titre III, art. 11, al. 2 et 3). Ces dispositions furent complétées plus tard par un arrêté du Directoire du 22 prairial an V, qui enjoignit à l'agent municipal ou à son adjoint de porter à la connaissance du juge de paix la mort de toute personne laissant des héritiers mineurs ou absents. — A côté de la justice de paix, la loi de 1790 organisa des juridictions spéciales qui étaient

(1) Pothier, *op.* et *loc. cit.*, art. 6.
(2) Meslé, *op. cit.*, ch. XII, n. 37; Argou, *op. cit.*, I, ch. VIII, p. 48.

appelées à jouer un certain rôle dans le fonctionnement de la tutelle. C'étaient le tribunal de famille et le tribunal domestique de la famille. Le décret du 7 messidor an II conféra au tribunal de famille certaines attributions au cas de vente de biens appartenant par indivis à des mineurs. Les tribunaux de famille, mal accueillis par le public, eurent une existence éphémère. Ils furent supprimés par la constitution du 5 fructidor an III et la loi du 9 ventôse an IV. — Le décret du 9 messidor an III, art. 9, décida que les biens des mineurs émancipés ou en tutelle, et ceux des majeurs interdits, ne pourraient être hypothéqués qu'en vertu d'un avis des parents ou conseils de famille, pour les causes et dans les formes établies par les lois.

303. Ce fut le code civil qui unifia la législation de la tutelle. Il s'en occupe dans le titre X, livre I. Depuis la promulgation du code, un certain nombre de lois sont venues compléter ou modifier les dispositions de celui-ci.

L'esprit de la législation établie par le code civil a été indiqué, d'une façon malheureusement trop sommaire, par Huguet (Rapport au tribunat, 3 germinal an XI) (1), Berlier (Exposé des motifs au corps législatif, 25 ventôse an XI) (2) et Leroy (Discours au corps législatif, 5 germinal an XI) (3). En cette matière, comme en bien d'autres, les rédacteurs du code civil ont fait œuvre de conciliation. Comme l'avaient fait les coutumes, ils ont admis que la tutelle pouvait s'ouvrir avant la cessation de la puissance paternelle. Quant aux règles mêmes de la tutelle, ils les ont empruntées à la fois aux coutumes et au droit écrit. Du droit coutumier dérivent les règles relatives aux causes qui donnent ouverture à la tutelle. Du droit écrit sont venues la tutelle légitime et la tutelle testamentaire. « Le droit écrit, disait Huguet, est appuyé sur des raisons moins soupçonneuses, plus analogues à la nature ». Pour la dévolution de la tutelle, le code a tenu largement compte des sentiments d'affection que les parents les plus proches de l'enfant éprouvent naturellement pour

(1) Locré, VII, p. 216.
(2) Locré, VII, p. 232.
(3) Locré, VII, p. 250.

celui-ci, et qui constituent à eux seuls une sérieuse garantie. C'est pour cette raison, nous disent les orateurs, que la tutelle légitime est déférée aux ascendants, que la mère est appelée à la tutelle, et qu'enfin la tutelle légitime est dispensée de la confirmation du juge. Le législateur fait jouer un rôle important à la famille dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle. L'autorité publique représentée par les tribunaux n'intervient que dans les cas particulièrement graves.

Le système consacré par notre code civil est conçu sur le modèle que l'on qualifie de *tutelle de la famille*. Les différents systèmes de tutelle peuvent en effet être ramenés à deux types principaux :

1° La tutelle de la famille (*verwandschaftliche Vormundschaft*), où la famille joue un rôle prépondérant. C'est elle qui est chargée, dans certains cas tout au moins, de nommer le tuteur ; c'est à elle qu'il appartient de diriger, surveiller et contrôler les actes du tuteur relatifs à la personne et aux biens du mineur. Tantôt elle agit seule, sans que l'autorité judiciaire ait à intervenir, si ce n'est en matière contentieuse. Tantôt, et c'est la règle la plus généralement consacrée par les législations qui admettent ce système, l'autorité judiciaire intervient, dans certains cas, à côté de la famille, accomplissant ainsi un acte de juridiction gracieuse ([1]).

2° La tutelle de l'autorité (*obrigkeitliche Vormundschaft*). Dans ce système, l'Etat se charge lui-même de la protection des mineurs et ne se fie pas à l'affection naturelle des parents. L'autorité publique est investie de la haute tutelle sur les mineurs. C'est elle qui organise la tutelle et en surveille le fonctionnement. Ce système comporte d'ailleurs des variétés nombreuses. La haute tutelle est conférée en effet aux autorités les plus diverses, suivant les législations. Tantôt elle appartient au pouvoir judiciaire, représenté par des tribunaux spéciaux, ou par les tribunaux ordinaires ; tantôt ce

[1] V. notamment codes civils portugais, art. 185 s. ; espagnol, art. 201 s. ; italien, art. 249 s. ; belge, art. 390 s. Cpr. Laurent, *Avant-projet*, t. II, p. 233 s.).

sont des fonctionnaires de l'ordre administratif qui en sont investis; parfois enfin, ce sont les représentants du groupement communal qui sont chargés de cette mission. Le plus souvent d'ailleurs, dans les pays où la tutelle est organisée sur le type de la tutelle de l'autorité, on fait une certaine place à la famille, de même que, dans les législations du premier groupe, l'autorité publique est appelée à jouer un certain rôle. Mais, tandis que dans celles-ci l'autorité publique n'a que des fonctions restreintes et assez effacées, c'est elle au contraire qui, dans les législations du second groupe, est l'organe principal et directeur de la tutelle. La famille y intervient seulement pour donner son avis à l'autorité investie de la haute tutelle. Certaines législations cependant, par une combinaison heureuse des deux systèmes, permettent, sous certaines conditions, à la famille de se substituer plus ou moins complètement à l'autorité publique ([1]).

304. Le code civil ne connaissait pas la tutelle de l'autorité publique. Celle-ci a été organisée, en vue de certaines catégories d'enfants, par des lois postérieures à la promulgation du code civil. Elle se présente aujourd'hui sous les deux formes suivantes :

1° *Tutelle de l'assistance publique.* — Sont placés sous cette tutelle les enfants maltraités, délaissés ou moralement abandonnés (art. 2 et 6 de la loi du 27 juin 1904). Ces enfants, qui peuvent être des enfants légitimes ou des enfants naturels, reconnus ou non, sont qualifiés de pupilles de l'assistance publique. La loi du 27 juin 1904 a abrogé celle du 13 pluviose an XIII sur la tutelle administrative des enfants admis dans les hospices, dont les dispositions étaient beaucoup moins générales.

2° *Tutelle des enfants naturels reconnus ou non.* — Elle a

[1] Notamment codes civils : allemand, art. 1773 s.; suédois, titre *Des successions*, ch. 19 à 22 (V. aussi L. 18 avril 1884); néerlandais, art. 386 s.; autrichien, art. 187 s.; Hongrie, loi XX de 1877 (*Ann. de législ. étrangère*, 1877, p. 243 s.); cantons suisses en général (Lardy, *Législat. civ. des cantons suisses en mat. de tutelle*); Russie (Lehr, *Elem. de dr. civ. russe*, I, p. 118 s.); Grande-Bretagne, L. 25 juin 1886; Codes du Bas-Canada, art. 249 s.; du Mexique (R. de La Grasserie, *Résumé anal.*, p. 54 s.); de la République Argentine, art. 377 s.; du Chili, art. 330 s.

été réglementée par la loi du 2 juillet 1907, qui a ajouté, dans cette vue, quatre nouveaux alinéas à l'art. 389, et modifié l'art. 442 du code civil.

305. C'est la tutelle de la famille qui, dans notre législation, constitue la tutelle du droit commun. Les règles qui la gouvernent s'appliquent, en principe et sauf les exceptions qui y sont apportées par la loi, à la tutelle de l'autorité publique, dont l'organisation a été calquée, dans une large mesure, sur celle de la tutelle de la famille.

Aussi, dans la série de sections qui vont suivre, allons-nous parler uniquement de la tutelle de la famille, qui est celle des interdits, et normalement aussi celle des enfants légitimes. Dans une section finale, nous indiquerons les règles spéciales qui s'appliquent aux tutelles organisées sur le type de la tutelle de l'autorité publique.

SECTION PREMIÈRE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA TUTELLE

306. Définition de la tutelle. — On peut donner de la tutelle la définition suivante : une mission donnée par la loi ou par la volonté de l'homme à une personne capable, de prendre soin d'un mineur non émancipé (ou d'un interdit), d'administrer ses biens et de le représenter dans les actes civils.

307. On dit souvent que la tutelle constitue une charge publique (1). C'était en effet le langage employé par nos anciens auteurs, qui, à l'imitation des jurisconsultes romains, qualifiaient la tutelle de *munus publicum* (2). On trouve également cette expression dans les travaux préparatoires du code civil. Leroy notamment, dans son discours au Corps législatif (3), déclare que la tutelle est une charge publique, tout en la présentant d'ailleurs comme étant déférée au nom

(1) Demolombe, VII, n. 30; Aubry et Rau, 5e édit., I, § 89, texte et note 1 : Huc, III, n. 255; Vigié, I, n. 679. — Cpr. Beudant, II, n. 822.

(2) Pothier, *Des personnes*, tit. VI, sect. IV, art. 1, § 2; Meslé, *Des minorités* ch. XI, p. 307.

(3) Locré, VII, p. 277.

d'un intérêt particulier et non pas pour le service de l'Etat. Ce langage était exact dans la législation romaine, où la tutelle, du moins au début, touchait de si près à l'organisation de la cité. Il l'était déjà moins dans notre ancien droit, bien que cependant on fût encore fondé, dans une certaine mesure, à considérer la tutelle comme une charge publique [1]. Mais de nos jours, et surtout depuis la loi du 24 juillet 1889, cette qualification doit être rejetée. Quelque sens qu'on y attache, elle ne donne pas une idée absolument exacte de la tutelle, et elle peut prêter à la confusion. Les auteurs qui qualifient la tutelle de charge publique donnent à cette expression l'une des deux acceptions suivantes :

A. Les uns [2] disent que la tutelle est une charge publique parce qu'elle est imposée à ceux qui y sont appelés et que ceux-ci ne peuvent s'y soustraire, à moins qu'ils ne soient en mesure d'invoquer une des causes d'excuse admises par la loi. Cela était en effet exact sous l'empire du code civil, mais il n'en est plus ainsi depuis la loi du 24 juillet 1889. Cette loi dispose, dans son art. 10, que, dans le cas où la déchéance de la puissance paternelle a pour conséquence l'ouverture de la tutelle, la personne désignée pour remplir les fonctions de tuteur n'est pas obligée d'accepter cette charge.

B. On a essayé de justifier l'expression que nous critiquons en disant que la tutelle est une institution de droit public [3]. Rien de moins exact. La tutelle, dans le système du code civil, est une pure institution de droit privé. Elle est organisée par la loi en vue d'intérêts particuliers et non pas directement dans l'intérêt de l'Etat [4].

308. La tutelle est donc une institution qui concerne uniquement le droit privé. Nous en tirerons cette conséquence, que les diverses fonctions de la tutelle peuvent être conférées à des étrangers. Ceux-ci peuvent être tuteurs, subrogés tuteurs ou membres d'un conseil de famille.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. III, n. 1, 2.
[2] Aubry et Rau, Huc, Vigié, *loc. cit.*
[3] Demolombe, VII, n. 34.
[4] Duranton, III, n. 410; Laurent, IV, n. 366; Planiol, I, n. 1750; Surville, I, n. [illegible]

L'opinion contraire est cependant enseignée par un certain nombre d'auteurs (1) et elle a été tout d'abord consacrée par la jurisprudence (2). Un étranger, dit-on, ne peut remplir une fonction de la tutelle, même dans le cas où, ayant été autorisé à fixer son domicile en France, il y a acquis la jouissance des droits civils, conformément à l'art. 13 du code civil. D'une part, en effet, le droit d'être tuteur, subrogé tuteur ou membre d'un conseil de famille n'est pas un droit civil, même en donnant à ces mots leur acception la plus large. Il faut donc être citoyen pour jouir d'un pareil droit. D'autre part, l'autorité de l'ancien droit peut être invoquée en ce sens. On exigeait autrefois pour la tutelle la même capacité que pour les offices royaux. Et, nous dit Pothier (*Traité des personnes*, tit. VI, sect. IV, art. 1, § 2), la tutelle dative étant une charge publique, les aubains en sont incapables.

La doctrine en général admet, au contraire, comme nous l'avons fait, que, le droit de tutelle étant un pur droit privé, les étrangers en ont la jouissance, alors même qu'ils n'auraient pas en France de domicile autorisé et que la réciprocité diplomatique n'existerait pas entre leur pays et le nôtre.

Cette solution va de soi si l'on interprète l'art. 11 C. civ. en ce sens que les étrangers jouissent de tous les droits privés qui ne leur sont pas refusés par la loi. Car aucun texte ne frappe les étrangers d'incapacité en matière de tutelle (3).

La même solution s'impose encore, si l'on accepte la distinction traditionnelle des droits des gens et des droits civils *stricto sensu*, car la tutelle est organisée dans tous les pays civilisés. Sans doute, il existe entre les diverses législations des divergences de détail, mais le principe même et la nécessité de la tutelle sont partout reconnus (4).

(1) Demolombe, I, n. 245 et 267; Aubry et Rau, I, § 77, notes 5 et 6; § 79.

(2) Colmar, 25 juil. 1817, S., 18. 2. 250.

(3) Demangeat, *Histoire de la condit. civile des étrangers en France*, n. 80; Despagnet, *Précis de dr. intern. privé*, n. 56 et 461; Surville et Arthuys, *Cours élément. de dr. int. privé*, n. 123; Huc, III, n. 351; Chavegrin, *De la tut. des mineurs en dr. intern. privé, Revue crit.*, 1883, p. 516 s.

(4) Laurent, I, n. 445 et IV, n. 366. — Cpr. Trib. de Briey, 24 janv. 1878, D., 79. 3. 40, S., 80. 2. 81. — Trib. de la Seine, 13 déc. 1892, D., 99. 1. 209.

Les raisons que nous venons d'indiquer nous conduisent à repousser deux autres opinions intermédiaires.

I. La première consiste à dire que les étrangers ne sont capables de remplir les fonctions de la tutelle que s'ils ont été autorisés à fixer leur domicile en France, ou dans le cas de la réciprocité diplomatique. Si en effet, dit-on en ce sens, le principe de la tutelle est admis dans toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que les règles qui gouvernent cette institution portent l'empreinte profonde de l'histoire et des conditions sociales de chaque pays et doivent être rangées par suite dans la catégorie des droits civils *stricto sensu* (1).

II. Le deuxième système signalé par nous est celui qui paraît triompher dans la jurisprudence. En principe, l'étranger est incapable de droit en matière de tutelle. Par exception cependant, il peut être tuteur, subrogé tuteur ou membre du conseil de famille, s'il est uni au mineur par un lien de parenté ou d'alliance (2).

309. De ce que la tutelle est une institution de droit privé il ne faut pas conclure que les règles qui s'y rapportent n'intéressent pas l'ordre public. Une règle de droit peut avoir été édictée en vue d'assurer la protection d'intérêts privés et constituer cependant une règle d'ordre public. Tel est précisément le caractère des lois relatives à la tutelle. La tutelle, organisée dans le but de défendre des personnes incapables, est une institution d'ordre public. Ses règles sont dès lors au-dessus des volontés particulières, et il n'est pas au pouvoir des tribunaux de les modifier.

Ainsi la tutelle ne peut être établie sur des bases différentes de celles que le code civil lui a assignées. Ni le tribunal, ni le conseil de famille ne peuvent placer le tuteur sous la surveillance d'autres personnes ou d'autres autorités que celles qui sont indiquées par la loi. Par exemple, il ne leur

(1) Bastia, 5 juin 1858, S., 58. 2. 439, D., 58. 2. 143. — Paris, 21 mars 1861, S., 61. 2. 209, et conclusions de M. l'avocat général Moreau, D., 61. 2. 73. — Massé, *Droit commercial*, I, n. 503.

(2) Paris, 21 mars 1862, S., 62. 2. 411. — Cass., 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193 et la note, D., 76. 1. 49. — Paris, 21 août 1879, D., 82. 5. 415, S., 80. 2. 81 et la note. — Nancy, 20 oct. 1898, D., 99. 2. 209. — Cpr. trib. civ. de Briey, 24 janv. 1878, *supra*. — Weiss, *Tr. de dr. int.*, II, p. 160-162.

est pas permis de nommer un tuteur honoraire pour contrôler l'administration du tuteur onéraire (1). De même, il ne leur appartient pas de dispenser le tuteur des formalités qui lui sont imposées par le législateur, ni de lui fixer un mode spécial d'administration différent de celui que le code a prescrit. Telle est la solution généralement admise (2).

Certaines décisions de justice ont cependant apporté à ce principe le tempérament suivant : La tutelle, dit-on, est organisée dans l'intérêt du pupille. C'est en ce sens seulement qu'elle est d'ordre public. Par suite, le conseil de famille et le tribunal ont le droit de prendre, en faveur du mineur, des mesures de précaution que la loi ne prescrit pas. Ils peuvent notamment restreindre les pouvoirs du tuteur en ce qui concerne la perception des capitaux appartenant au mineur (3).

Ces tempéraments nous paraissent inadmissibles. On invoque, pour les justifier, l'intérêt du pupille. Mais la loi en a précisément tenu compte lorsqu'elle a édicté les règles de la tutelle. Toute l'organisation de la tutelle a pour but d'en assurer la protection. C'est dans cette vue que la loi a fixé les pouvoirs et les obligations du tuteur, ainsi que les attributions du tribunal, du conseil de famille et du subrogé tuteur. On ne peut pas prétendre à plus de clairvoyance que le législateur lui-même. Si celui-ci a laissé au tuteur des pouvoirs assez étendus, c'est qu'il l'a cru nécessaire pour la bonne administration de la tutelle. Il ne dépend pas du tribunal et il dépend encore moins du conseil de famille de modifier la loi. Du reste, il y aurait, dans la pratique, des inconvénients sérieux à permettre au tribunal et au conseil de famille de

(1) Demolombe, VII, n. 144; Laurent, IV, n. 369; Aubry et Rau, I, § 89, note 5. — *Contra* Magnin, *Des minorités*, I, n. 548. — Angers, 6 août 1819, S., 20. 2. 196. — Dijon, 14 mai 1862, D., 62. 2. 121. — Cass., 14 déc. 1863, D., 64. 1. 63.

(2) Demolombe, VII, n. 143-145 ; Laurent, IV, n. 366; Aubry et Rau, *loc. cit.* — Riom, 13 avril 1809, S., 12. 2. 288. — Toulouse (motifs), 26 août 1818, S., 22. 2. 8. — Toulouse, 2 juil. 1821, S., 22. 2. 10, *J. G.*, v° *cit.*, n. 402. — Rouen, 30 nov. 1840, S., 41. 2. 137 (cet arrêt n'admet cependant cette solution que sous certaines réserves). — Caen, 30 déc. 1845, S., 46. 2. 621, D., 46. 4. 501. — Trib. de la Seine, 19 juil. 1864, D., 64. 3. 108. — Paris, 24 déc. 1860, S., 61. 2. 348. — Cass., 24 fév. 1879, D., 79. 1. 157, S., 81. 1. 445.

(3) Cass., 20 juil. 1842, S., 42. 1. 587, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 403. — Limoges, 28 fév. 1846, D., 46. 2. 153, S., 46. 2. 355.

restreindre, à leur guise, les pouvoirs du tuteur. Si ces restrictions étaient opposables aux tiers, ceux-ci verraient annuler, sur la demande du mineur ou de ses représentants, des actes passés avec le tuteur que les dispositions de la loi leur permettaient de croire pleinement valables. Dans cette crainte, et par suite de l'impossibilité où ils se trouveraient de connaître exactement la portée des mesures prises contre le tuteur, ils agiraient prudemment en refusant de traiter avec celui-ci, ce qui paralyserait la marche de la tutelle et compromettrait grandement le crédit du pupille (1).

310. Tels sont les principes généraux qui dominent la matière. Avant d'étudier en détail l'organisation et le fonctionnement de notre institution, il convient d'en donner une idée d'ensemble. Le mécanisme de la tutelle comprend trois rouages principaux : le tuteur, le conseil de famille et le subrogé tuteur. Il faut y ajouter le tribunal d'arrondissement, qui est appelé à y jouer, d'une manière normale, un rôle assez important.

a. Le tuteur, acteur principal de la tutelle. Il représente le mineur ou l'interdit dans tous les actes civils (art. 450 al. 1), c'est-à-dire qu'il accomplit ces actes pour lui, en qualité de mandataire légal. Le mineur n'a donc pas besoin d'intervenir dans les actes qui l'intéressent. Mais, si cette intervention du mineur n'est pas requise par la loi, il est clair que l'acte accompli par le mineur assisté de son tuteur serait tout aussi valable que s'il avait été fait par le tuteur seul. Les conséquences en seraient exactement les mêmes. Le système français ne diffère guère d'ailleurs que théoriquement du système consacré par la législation romaine. Nous avons vu que, dans le dernier état du droit romain, la *gestio* était devenue le mode normal de l'action du tuteur et que, en fait, l'intervention personnelle du pupille n'était plus nécessaire que dans quelques hypothèses exceptionnelles. C'étaient les nécessités de la pratique qui avaient amené cette évolution. Dans une société où la vie économique plus intense et plus active oblige à l'accomplissement d'actes juridiques nombreux et

(1) Cass., 30 déc. 1885, *supra*.

répétés, la marche de la tutelle serait singulièrement entravée par la nécessité de faire intervenir personnellement le pupille dans les opérations qu'exige l'administration de son patrimoine. Cela serait du reste incompatible avec les soins de son éducation. Il faut cependant reconnaître que le système de la représentation du mineur par son tuteur peut offrir certains inconvénients. Si le pupille est tenu à l'écart par son tuteur pendant toute la durée de la tutelle, il arrivera à sa majorité sans être au courant de ses propres affaires et sans avoir été mis en mesure d'acquérir l'expérience qui lui sera nécessaire. Mais il existe des moyens de remédier à ces inconvénients. On peut, comme certaines législations l'ont fait, prendre des mesures pour informer le mineur de l'état de ses affaires ([1]), ou associer le pupille au tuteur pour les actes les plus importants ([2]), ou enfin lui conférer, à partir d'un certain âge, une capacité restreinte aux actes qui sont susceptibles d'être accomplis par lui sans danger sérieux ([3]). Nous verrons que notre législateur a commencé à s'engager dans cette dernière voie.

b. Le conseil de famille. On désigne sous ce nom une assemblée composée en principe de parents ou d'alliés de la personne en tutelle, et présidée par le juge de paix. Le conseil de famille est chargé du contrôle de la tutelle; à cet effet il peut obliger le tuteur à fournir chaque année au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion (art. 470). De plus il est appelé dans de nombreux cas à donner sur les actes importants de la tutelle des avis auxquels le tuteur doit se conformer.

c. Le subrogé tuteur, qui est investi d'une triple mission : surveiller la gestion du tuteur (arg. art. 470), représenter le mineur ou l'interdit dans le cas où ses intérêts sont en oppo-

(1) Cpr. C. civ. italien, art. 251; portugais, art. 212; espagnol, art. 308; allemand, art. 1827 et la législation de nombreux cantons suisses (V. not. C. Berne, art. 262, 282, 283; Fribourg, art. 303, 306; Neufchâtel, art. 332; Zurich, art. 753, 756).

(2) Code de Fribourg, art. 303; Valais, art. 266; Vaud, art. 248, 253.

(3) C. Bas-Canada, art. 304; portugais, art. 299; autrichien, art. 246, 247; allemand, art. 110, 112, 113, 1824; Neufchâtel, art. 313; Tessin, art. 176; Vaud, art. 246; Valais, art. 257; Zurich, art. 757.

sition avec ceux du tuteur (art. 420), enfin provoquer la nomination d'un nouveau tuteur lorsque la tutelle devient vacante (art. 424).

SECTION II

DES CAUSES QUI DONNENT OUVERTURE A LA TUTELLE ET DES DIVERSES SORTES DE TUTELLE

§ I. *Des causes d'ouverture de la tutelle.*

311. Quant aux enfants légitimes en général, trois causes sont susceptibles de donner ouverture à la tutelle : 1° la mort de l'un ou l'autre des deux auteurs (art. 390); 2° l'absence du père ou de la mère (V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes,* II, n. 1305, 1306); 3° la déchéance de la puissance paternelle, dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1889 (*supra,* n. 274 s.). Il n'y en a pas d'autres.

312. I. Ainsi, le divorce prononcé entre les deux époux, ne mettant pas fin à l'administration légale, ne donne pas ouverture à la tutelle (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, IV, n. 272), et il en est de même, à plus forte raison, de la séparation de corps (*op. cit.,* n. 318).

313. II. Il n'y a pas lieu non plus à la tutelle, lorsque le mariage est annulé. Il faut supposer, bien entendu, pour que la question puisse se poser, que le mariage a été déclaré putatif. Car autrement, les enfants issus de ce mariage seraient des enfants naturels et non pas des enfants légitimes.

314. III. Que faut-il décider, au cas où les deux époux, ou l'un d'eux, sont dans l'impossibilité physique ou juridique d'exercer la puissance paternelle et par conséquent l'administration légale [1] ? Par exemple le père ou la mère, ou tous les deux, sont en état de démence ou frappés d'interdiction. Quelles sont alors les mesures qui doivent être prises dans l'intérêt des enfants mineurs ? Plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

[1] Nous laissons, bien entendu, de côté les hypothèses de l'absence et de la déchéance de la puissance paternelle, dont nous avons parlé plus haut.

a. Si la mère seule est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, le père en étant capable en droit et en fait, il n'y a pas de doute : la puissance paternelle continue d'appartenir à ce dernier, et aussi l'administration légale qui en est un attribut. Il ne saurait être question de la tutelle (art. 389, al. 1).

b. Mais ne doit-on pas donner une solution différente au cas où le père seul, durant le mariage, se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle ? On a dit que l'administration légale ne passe pas alors à la mère et qu'il y a lieu provisoirement à la tutelle dative (1). Cette opinion est, avec raison, presque unanimement rejetée (2). Sans doute, la loi, dans l'art. 389, confie au père seul l'administration des biens de son enfant pendant le mariage. Mais il ne faut pas oublier que l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle, qui ne peut en être détaché qu'en vertu d'un texte de loi. Or la loi ne dit nulle part que la mère, investie de la puissance paternelle conjointement avec le père, n'exerce pas ce droit dans sa plénitude à défaut du père.

c. Nous déciderons également que la tutelle ne s'ouvre pas, lorsque le père et la mère sont tous les deux dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle. Sans doute, l'enfant ne peut rester sans protection aucune, et il pourrait paraître rationnel de le placer en tutelle provisoire, comme l'ont proposé certains auteurs (3). Mais comment pourrait-on justifier une pareille mesure ? Il n'y a lieu à la tutelle que dans les cas déterminés par la loi ; il ne dépend pas des tribunaux de l'organiser en dehors des prévisions légales. Or aucun texte ne dit que la tutelle s'ouvre dans l'hypothèse dont il s'agit. Le législateur a sans doute pensé que cette hypothèse se produira bien rarement dans la pratique, et surtout que l'enfant n'aura généralement pas de biens personnels, tant que vivent ses deux auteurs. Aussi a-t-il jugé inutile de prescrire ici l'établissement de la tutelle. Ce sera aux tribu-

(1) Demante, II, n. 138 *bis*.
(2) *Supra*, n. 223.
(3) Magnin, *Des minorités*, I, n. 492; Aubry et Rau, I, § 87, texte et note 4.

naux qu'il appartiendra de prendre les mesures commandées par les circonstances. Ils confieront la garde de l'enfant à telle personne qu'ils désigneront et nommeront, le cas échéant, un administrateur de son patrimoine. L'administrateur ne sera pas un tuteur, et, par suite, les règles de la tutelle ne lui seront pas applicables. Notamment, il ne sera pas nécessaire de lui adjoindre un subrogé tuteur, et ses biens ne seront pas grevés de l'hypothèque légale du mineur. Il n'y a pas d'hypothèque légale sans texte, et le texte fait défaut [1].

315. Telles sont les causes qui donnent ouverture à la tutelle du droit commun sur les enfants légitimes. Nous laissons de côté la tutelle officieuse, dont nous avons précédemment parlé, et la tutelle de l'assistance publique dont nous nous occuperons plus tard.

§ II. *Des diverses sortes de tutelle.*

316. Lorsque la tutelle s'ouvre par le décès de l'un des auteurs (art. 390), elle est déférée de plein droit par la loi au survivant des père et mère [2]. Le survivant tuteur légitime peut, en prévision du cas où il viendrait à mourir avant la majorité ou l'émancipation de son enfant, désigner son successeur quant à la tutelle ; cette désignation se fait par acte de dernière volonté, et la tutelle ainsi déférée porte le nom de *tutelle testamentaire*. Si le survivant des père et mère investi de la tutelle meurt sans avoir désigné le tuteur qui doit le remplacer, il y a lieu à la tutelle des ascendants, qui est déférée de plein droit par la loi à l'ascendant le plus proche. Enfin, à défaut de toute autre, il y a lieu à la tutelle déférée par le conseil de famille.

Il y a donc quatre espèces de tutelles, savoir : 1° la tutelle du survivant des père et mère ; 2° la tutelle testamentaire ou tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère ; 3° la tutelle des ascendants ; 4° la tutelle déférée par le conseil de famille.

[1] Laurent, VII, n. 27 ; Laurent, IV, n. 363.

[2] Tout ce que nous disons du survivant doit être entendu de l'auteur qui est vivant et présent au jour où l'absence de l'autre est déclarée.

La tutelle du survivant des père et mère et la tutelle des ascendants sont dites tutelles *légitimes*, parce qu'elles sont déférées de plein droit par la loi. La tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère et la tutelle déférée par le conseil de famille sont des tutelles *datives* (de *dare, datum*, donner).

SECTION III

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PÈRE ET MÈRE

317. Cette tutelle est appelée *naturelle*, parce qu'elle était écrite dans la loi naturelle avant de l'être dans la loi positive. La tutelle est avant tout une mission de confiance et d'affection; qui donc peut mieux la remplir que le survivant des père et mère?

§ I. *Règles communes au père et à la mère.*

318. Le principe est posé par la loi dans l'art. 390 : « *Après la dissolution du mariage arrivée par la mort natu-* » *relle* [*ou civile*] *de l'un des époux, la tutelle des enfants* » *mineurs et non émancipés appartient de plein droit au sur-* » *vivant des père et mère* ».

La loi ne fait donc aucune distinction entre les deux époux. La tutelle est déférée de plein droit au survivant, quel qu'il soit, à la mère par conséquent aussi bien qu'au père (1).

Il résulte des art. 372 et 373 que le survivant des deux époux a également l'exercice de la puissance paternelle. Il est donc investi par la loi d'une double mission. La tutelle et la puissance paternelle sont concentrées dans les mêmes mains. Sur la personne de l'enfant mineur, le père ou la mère survivant aura les droits que confère la puissance paternelle; en ce qui concerne les biens, il sera traité comme un tuteur. La loi ne perd pas cependant de vue que le tuteur est l'auteur de l'enfant. Aussi lui accorde-t-elle plus d'indépendance qu'elle n'en attribue au tuteur ordinaire (2).

(1) Cpr. code civil néerlandais, art. 400.

(2) Il ne peut être question de la tutelle légitime du père ou de la mère dans les législations qui, n'admettant pas la coexistence de la tutelle et de la puissance

319. L'art. 390 est conçu en termes absolument généraux. Nous en tirerons cette première conséquence : la tutelle appartient de droit au survivant, même quand le divorce a été prononcé contre lui, même quand la garde des enfants lui a été enlevée [1]. Y a-t-il là un danger pour l'enfant? Pas nécessairement. Le fait que le divorce a été prononcé contre un époux ou même que la garde de l'enfant ne lui a pas été confiée n'implique pas toujours qu'il ne présente pas de garanties suffisantes pour la bonne gestion de la tutelle. D'ailleurs, si, en fait, les intérêts de l'enfant étaient mis en péril, la destitution du tuteur pourrait être demandée.

320. De la généralité des termes de l'art. 390 on doit encore conclure que le survivant des père et mère serait de droit tuteur, alors même qu'il serait mineur; c'est ce que dit d'ailleurs explicitement l'art. 442-1°. Cela est rationnel. Puisque la loi permet aux mineurs de contracter mariage, elle doit leur reconnaître tous les droits qui découlent de la paternité. Le père ou la mère mineur a l'administration légale. Il doit aussi avoir la tutelle de ses enfants.

La règle adoptée par le code a des inconvénients. Le père ou la mère n'a, pour les actes l'intéressant personnellement, que la capacité du mineur émancipé. Supposons qu'il veuille accomplir pour le compte de son enfant, en qualité de tuteur, un des actes pour lesquels l'assistance de son curateur serait nécessaire, s'il le faisait pour son propre compte. Sous quelles conditions pourra-t-il agir valablement? Le code a gardé le silence sur ce point, et cela est regrettable, car la solution de cette question présente de très graves difficultés. Aucun des systèmes proposés par les auteurs n'est entièrement satisfaisant au point de vue théorique.

I. Les uns enseignent que le père ou la mère tuteur doit être assisté par son curateur pour les opérations juridiques dont il s'agit [2]. Cela paraît en effet absolument logique. Dès

paternelle, exigent, pour que la tutelle s'ouvre, que les deux auteurs soient décédés. V. *supra*, p. 141, notes 1 et 2.

[1] Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, IV, n. 271.

[2] Marcadé, II, n. 231; Zachariæ, et Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 21; Laurent, IV, n. 375; Aubry, I, n. 694; Huc, III, n. 260. — Trib. de la Seine, 27 fév. 1897, D., 97, 2, 303.

lors que l'assistance du curateur est nécessaire pour habiliter le mineur émancipé en vue de ses propres affaires, elle doit être également requise pour l'habiliter à gérer celles de son pupille. On peut cependant faire à ce système l'objection suivante, qui ne manque pas de gravité. Ne confond-on pas, en raisonnant ainsi, deux choses cependant bien distinctes : d'une part, les *pouvoirs* qui sont conférés au tuteur et, d'autre part, la *capacité* personnelle du mineur émancipé ? Le curateur n'est donné au mineur émancipé que pour l'assister dans les actes qui dépassent les limites de sa capacité. Il n'a pas qualité pour intervenir dans la gestion de la tutelle.

II. On a proposé de nommer un tuteur *ad hoc* (1) pour les actes dont nous nous occupons. Mais cette solution nous paraît inadmissible. Au point de vue pratique, elle a l'inconvénient de compliquer l'administration de la tutelle et d'en augmenter les frais. Au point de vue théorique, elle manque de base légale. La loi nous dit que le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. Il faudrait un texte pour restreindre ses pouvoirs et le remplacer dans ses fonctions, et ce texte fait défaut.

III. La doctrine admet généralement que le tuteur doit obtenir l'assistance du subrogé tuteur. En effet, dit-on, il ne s'agit pas de protéger les intérêts du tuteur ; donc l'intervention du curateur ne se justifie pas. Il s'agit de sauvegarder les intérêts du mineur en tutelle. Or cette mission est dévolue au subrogé tuteur (2). Cette solution elle-même n'est pas satisfaisante. Elle fait jouer au subrogé tuteur un rôle qui ne lui appartient pas. Celui-ci n'assiste pas le tuteur. Il agit à la place de celui-ci, quand il y a une opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille. Or, telle n'est pas l'hypothèse en présence de laquelle nous nous trouvons maintenant.

On serait peut-être tenté de conclure que le survivant des père et mère doit être traité comme un tuteur ordinaire, malgré sa minorité. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une ques-

(1) Blœchel, *Analyse des princip. questions*, § 2.

(2) Duranton, III, n. 502 ; Valette sur Proudhon, II, p. 342, note *a* ; Duvergier sur Toullier, I, n. 1161, note *a* ; Demolombe, VII, n. 465 ; Aubry et Rau, I, § 99, texte et note 1 *bis*.

tion de capacité, ce sont les règles générales concernant les pouvoirs du tuteur qui doivent recevoir leur application. La loi déclare, dans l'art. 442, que le père ou la mère mineur peut être investi de la tutelle, et elle ne le soumet à aucune restriction spéciale. C'est donc qu'il a les mêmes pouvoirs que le tuteur en général. En un mot, le mineur, mandataire légal, devrait être traité comme le mineur mandataire conventionnel. Il devrait avoir tous les pouvoirs résultant de la nature de son mandat. Cette solution cependant, tout juridique qu'elle paraisse, serait absolument contraire aux intentions certaines du législateur. Il serait étrange que le mineur en tutelle fût moins bien protégé que le mineur émancipé. Aussi pensons-nous que l'assistance du curateur doit être exigée pour les actes de la tutelle que le survivant des père et mère serait incapable de faire pour son propre compte sans cette assistance. Sans doute, nous étendons ainsi les fonctions du curateur, et, pour cette raison, notre opinion n'est pas à l'abri des critiques. Mais elle a tout au moins le mérite de la simplicité et elle ne détourne pas le subrogé tuteur de son rôle normal. Puis ne peut-on pas dire que, la loi faisant au tuteur l'obligation de gérer les biens du pupille, malgré sa propre minorité (arg. art. 442 et 450), et donnant au pupille un recours contre son tuteur, à raison des actes de la tutelle, la question de pouvoirs est doublée d'une question de capacité (1)?

§ II. *Particularités de la tutelle déférée à la mère survivante.*

321. Ces particularités, au nombre de quatre, sont indiquées par les art. 391 à 396.

N° 1. Nomination d'un conseil de tutelle.

322. Le père peut, en prévision du cas où sa femme, lui ayant survécu, deviendrait tutrice de ses enfants mineurs, nommer à celle-ci un coadjuteur que la loi désigne sous le nom de *conseil de tutelle*, et dont l'assistance lui sera néces-

(1) Cpr. Planiol, I, n. 1853.

saire pour accomplir, soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Au contraire, la mère ne peut pas, par une mesure du même genre, restreindre les pouvoirs du père pour le cas où il serait appelé à la tutelle ; car nulle loi ne l'y autorise. L'art. 391 dit à ce sujet : « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et* » *tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra* » *faire aucun acte relatif à la tutelle. — Si le père spécifie* » *les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera* » *habile à faire les autres sans son assistance* » (1).

La loi ne distinguant pas, le père a le droit de nommer à la mère survivante un conseil de tutelle, alors même que les deux époux seraient divorcés ou séparés de corps.

323. « *Cette nomination de conseil ne pourra être faite que* » *de l'une des manières suivantes : — 1° Par acte de dernière* » *volonté ; — 2° Par une déclaration faite ou devant le juge* » *de paix assisté de son greffier, ou devant notaires* » (art. 392).

= *Par acte de dernière volonté.* C'est-à-dire par un acte passé dans la forme des testaments. Mais il n'est pas nécessaire que cet acte constitue un testament, en d'autres termes, que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie. La loi ne dit pas *par testament,* mais bien « par acte de dernière volonté ».

= *Par une déclaration faite devant le juge de paix..... ou devant notaires.* Il est incontestable que le choix du notaire appartient au père. Il faut en dire autant du juge de paix. Certains auteurs ont cependant soutenu que le juge de paix compétent pour recevoir la déclaration du père est celui du domicile de la mère survivante (2). Ils invoquent en ce sens les termes mêmes de l'art. 392, qui dit : devant *le* juge de paix, et non devant *un* juge de paix, et qui semble faire ainsi allusion à un juge de paix déterminé. Tel était en effet le système adopté dans l'art. 4 du projet. Mais il paraît résulter des travaux préparatoires qu'il a été abandonné (3). Il était

(1) Cpr. Codes civ. néerlandais, art. 401 et 402 ; italien, art. 235.
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 247, note 2 ; Aubry, I, n. 693.
(3) Locré, VII, p. 216.

en effet assez difficile de le justifier. Du moment que la nomination peut être faite devant un notaire quelconque, on ne voit pas pourquoi le père ne jouirait pas de la même liberté lorsqu'il veut faire sa déclaration devant un juge de paix [1].

324. La nomination du conseil de tutelle, en quelque forme qu'elle soit faite, est un acte de dernière volonté. Elle peut donc être révoquée par le père. Et, dans le silence de la loi, nous pensons que la révocation n'est soumise à aucune condition de forme spéciale. L'art. 1035, qu'on invoque en sens contraire [2], a trait seulement à la révocation des testaments. Or la déclaration du père n'est pas un testament.

325. La loi dit, en termes généraux, qu'un conseil pourra être nommé par le père. L'on serait peut-être tenté de penser que le père a la faculté de désigner plusieurs personnes pour constituer ce conseil, qui serait ainsi un vestige de ces conseils de tutelle qui, dans notre ancien droit, étaient parfois institués. Il vaut mieux décider que le conseil dont il s'agit ici est un conseiller unique et non pas une assemblée. Tel est le sens de cette expression dans les art. 499 et 513 (conseil judiciaire). Si le législateur avait voulu permettre au père de confier à plusieurs personnes la mission d'assister la mère à titre de conseil, il n'aurait pas manqué de le dire. Enfin la pluralité des conseillers de tutelle aurait eu dans la pratique des inconvénients sérieux par suite des difficultés, des lenteurs et des frais qu'aurait entraînés la nécessité de réunir les membres de l'assemblée [3].

326. Le conseil de tutelle est une institution tout exceptionnelle et entièrement facultative pour le mari. La loi s'en rapporte à la prudence de celui-ci. Il n'est pas seulement chargé de désigner le conseil; c'est aussi à lui qu'il appartient de décider si la mère sera ou non assistée d'un conseil. La mission conférée au conseil par le mari est donc une simple mission de confiance. C'est une fonction purement

(1) Toullier, II, n. 1067; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, note 5; Demolombe, VII, n. 83; Laurent, IV, n. 377; Huc, III, n. 261.

(2) Demolombe, VII, n. 85.

(3) Demolombe, VII, n. 89. — Cpr. Paris, 27 août 1867, S., 68. 2. 113.

personnelle que celui qui la remplit tient de la volonté du père et non pas de celle du législateur. De là découlent les conséquences suivantes :

1° La charge de conseil de tutelle prend fin par la mort du conseil. Le conseil décédé ne peut être remplacé ni par une délibération du conseil de famille, ni par une décision du tribunal. Les règles générales de la tutelle reprennent donc leur empire, et la mère se trouve désormais affranchie des restrictions que le père avait mises à ses pouvoirs de tutrice.

2° A défaut de texte, cette charge ne peut être considérée comme obligatoire. Celui à qui elle est déférée peut donc la refuser, auquel cas la situation de la mère sera la même que s'il ne lui avait pas été nommé de conseil. De même nous devrons décider que le conseil peut se démettre de ses fonctions, après les avoir acceptées (1). On a voulu justifier cette solution en faisant appel aux règles du mandat. Nous ne pensons pas que cette assimilation soit absolument exacte; le conseil de tutelle n'est pas un mandataire, car il n'est pas chargé d'accomplir des actes juridiques pour le compte du père qui l'a nommé.

De ce que le conseil n'est pas un mandataire, mais constitue un rouage de la tutelle, nous tirerons cette conséquence que la capacité requise pour être investi de cette mission n'est pas simplement celle qui est nécessaire pour être chargé d'un mandat. Il faut qu'il soit lui-même capable de gérer la tutelle. Du moment, en effet, qu'il est nommé pour assister la mère dans les actes de la tutelle, il est inadmissible que le père puisse désigner dans ce but une personne qui ne pourrait pas accomplir ces actes pour le compte du pupille (2).

La mère recouvre donc sa liberté d'action, soit par la mort du conseil, soit lorsque celui-ci décline la mission qui lui

(1) Duranton, III, n. 421; de Fréminville, I, n. 47; Valette sur Proudhon, II, p. 288, n. 4; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 246, texte et note 4; Demolombe, VII, n. 86 et 87; Laurent, IV, n. 378; Huc, III, n. 262 et 263; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 8.

(2) Fréminville, I, n. 46; Demolombe, VII, n. 88; Huc, III, n. 263; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 7. — Cpr. Laurent, IV, n. 378.

est donnée. Le mari peut, en prévision de ces événements, instituer plusieurs conseils qui seront appelés successivement dans l'ordre de leur nomination et à défaut l'un de l'autre. Il y a là une sorte de substitution que la loi ne prohibe pas [1].

327. Le conseil ou conseiller de tutelle est, nous dit l'art. 391, chargé d'assister la mère et de lui donner son avis. Il joue donc un rôle analogue à celui du conseil judiciaire. Il ne concourt pas à la gestion de la tutelle ; ce n'est pas un cotuteur qui est donné à la mère. Non seulement il n'agit pas pour le compte du pupille, mais il ne peut même pas contraindre la mère à faire un acte de gestion [2]. Il donne son avis à la mère tutrice, quand celle-ci le lui demande ; il lui prête son assistance quand elle la requiert ; voilà son unique rôle.

C'est au père qu'il appartient de déterminer les cas dans lesquels la mère aura besoin de l'assistance du conseil. Il peut spécifier les actes pour lesquels cette assistance sera nécessaire ; la mère sera habile à faire seule tous les autres actes. Si le mari n'a pas défini la mission du conseil, la mère ne pourra faire aucun acte sans l'avis de celui-ci [3].

Les termes dont la loi se sert nous montrent les limites du droit qu'elle reconnaît au père. Celui-ci peut donner à la mère un conseil pour les actes relatifs à la tutelle. Donc il ne lui appartient pas de restreindre les droits qui appartiennent à la mère en vertu de la puissance paternelle dont elle a l'exercice [4]. Car autre chose est la tutelle, autre chose la puissance paternelle.

C'est seulement à la mère tutrice que le père peut nommer un conseil. La loi ne lui permet pas de modifier les attributions du subrogé tuteur, ni celles du conseil de famille [5].

[1] *Contra* Huc, III, n. 263.

[2] Douai, 17 janv. 1829, S., 21. 2. 117. — Demolombe, VII, n. 91.

[3] Paris, 28 mars 1887, D., 87. 2. 166, S., 88. 2. 117. — V. cependant Besançon, 29 juin 1868, D., 68. 2. 203, S., 69. 2. 149. — Cpr. Bordeaux, 12 juin 1870, S., 72. 2. 272.

[4] Demolombe, VII, n. 90; Huc, III, n. 265; Arntz, I, n. 698; Vigié, I, n. 713; Aubry et Rau, I, § 90 *bis*, p. 633. — Paris, 27 août 1867, S., 68. 2. 113, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 68. — Paris, 28 mars 1887, *supra*.

[5] Aubry et Rau, I, § 90 *bis*, p. 634.

Dans les limites que nous venons d'indiquer la mère doit solliciter l'assistance du conseil. Il ne lui suffira pas de consulter le conseil de tutelle, sauf à ne pas suivre son avis; elle est liée par cet avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels le conseil refuse de donner son assentiment. Le doute que fait naître sur ce point l'alinéa 1 de l'art. 391 est levé par l'alinéa 2. Le rôle du conseil n'est pas un rôle purement consultatif; il doit donner son consentement et non pas simplement son avis (1).

328. La sanction du défaut d'assistance du conseil de tutelle, dans les cas où cette assistance est requise, est la nullité de l'acte accompli par la mère. Les termes prohibitifs dont la loi se sert dans l'alinéa 1 de l'art. 391... *ne pourra...* justifient cette solution : sous cette expression se cache ordinairement une nullité virtuelle. D'autre part, l'alinéa 2 dispose que, si le père a spécifié les actes pour lesquels le conseil est nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance. C'est donc qu'elle ne sera pas habile à faire sans cette assistance les actes pour lesquels le conseil est nommé; autrement dit, si elle les accomplissait seule, elle excèderait ses pouvoirs. Le mineur sera donc fondé à demander la nullité des actes accomplis par sa mère sans l'assistance requise, en supposant, bien entendu, que ces actes lui causent préjudice. Telle est la solution généralement admise en doctrine et en jurisprudence (2).

Cette sanction est extrêmement rigoureuse. Aussi certains auteurs, qui l'acceptent en principe, ont-ils proposé de l'écarter dans les deux cas suivants :

1° Prenant en considération l'intérêt des tiers, ils décident que le défaut d'assistance du conseil de tutelle ne pourra pas

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 246, note 5; Demolombe, VII, n. 92 s.; Laurent, IV, n. 380; Arntz, I, n. 699; Huc, III, n. 265; Vigié, I, n. 716 et 717; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 12; Beudant, II, n. 816; Planiol, I, n. 1854. — *Contra* Zachariæ, I, § 246, texte et note 5.

(2) Valette sur Proudhon, II, p. 287, note 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I. n. 591; Massé et Vergé, Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, IV, n. 382; Arntz, Vigié, *loc. cit.*; Huc, III, n. 266; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 17; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1854. — Aix, 31 mars 1840, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 91, S., 40. 2. 303. — Pau (motifs), 28 mars 1887, D., 87. 2. 166, S., 88. 2. 117.

servir de base à une action en nullité intentée par le mineur, si la nomination de ce conseil n'est pas notoire et si le tiers n'en a pas personnellement connaissance. Sans doute, disent-ils, les tiers ne peuvent pas, en général, exciper de leur ignorance pour se soustraire à l'annulation des actes qu'ils ont passés avec une personne dépourvue de pouvoirs. Mais cette règle n'est pas d'une application absolue. Qu'on l'applique rigoureusement au cas où la loi elle-même limite les pouvoirs du représentant, rien de mieux. Les tiers n'avaient qu'à consulter les dispositions légales. Cette règle sévère se justifie encore lorsque, s'agissant de limitations même exceptionnelles aux pouvoirs d'un représentant, celles-ci ont fait l'objet de mesures de publicité destinées à les porter à la connaissance du public. Mais ici il en est autrement. La nomination d'un conseil de tutelle est un acte secret. La loi n'a organisé aucune mesure de publicité pour la révéler aux tiers. Il serait injuste que ceux-ci fussent victimes de leur bonne foi. L'équité commande que l'acte accompli par eux avec la mère soit maintenu, à moins cependant que la nomination du conseil ne fût de notoriété publique, ou qu'ils n'en fussent personnellement informés. Car c'est dans ces derniers cas seulement qu'on peut leur imputer une faute et qu'il n'est pas injuste d'admettre l'action en nullité. La seule sanction du défaut d'assistance du conseil consisterait donc, en dehors de ces deux hypothèses, dans la responsabilité de la mère tutrice envers son enfant [1]. Telle était, ajoute-t-on, la solution admise dans l'ancien droit, relativement aux conseils de tutelle [2].

Ce tempérament d'équité ne nous paraît pas admissible. Tout ce que prouve le raisonnement que nous avons rapporté, c'est que le législateur a eu tort de n'organiser aucune mesure de publicité pour divulguer la nomination du conseil de tutelle. Ce n'est pas malheureusement le seul cas dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers. Est-il bien

[1] Delvincourt, I, p. 270; Valette sur Proudhon, II, p. 288, note 3; Duvergier sur Toullier, I, n. 1037, note *a*; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 18.

[2] Méale, *Des tutelles*, 1re partie, ch. VIII, n. 15; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Tuteur*, § 1.

exact d'ailleurs d'affirmer que ces derniers sont exempts de toute faute ? L'art. 391 les avait avertis d'une limitation possible des pouvoirs de la mère. Ils auraient dû se renseigner, soit en s'adressant au juge de paix ou aux membres du conseil de famille, soit en consultant l'inventaire [1]. Tout au plus pourrait-on admettre que l'action en nullité ne sera pas recevable, s'il a été absolument impossible aux tiers de connaître la nomination du conseil de tutelle, si, par exemple, la disposition de dernière volonté du père est restée en fait ignorée du juge de paix et des membres du conseil de famille. Les tiers pourraient alors invoquer la maxime : *error communis facit jus*. Mais ce tempérament nous paraît être la concession extrême que l'on puisse faire à l'équité [2].

2° Certains auteurs proposent encore un autre adoucissement à la règle que nous avons admise. La dation du conseil de tutelle, disent-ils, a pour but de remédier à l'inexpérience de la mère. On comprend que le défaut d'assistance puisse servir de base à une action en nullité, lorsqu'il s'agit d'un acte que le tuteur en général peut faire seul et sans autorisation. Car l'inexpérience de la mère pourrait alors causer aux enfants de sérieux dommages. Mais la sanction de la nullité ne se justifie plus, quand l'acte accompli par la mère est un de ceux pour lesquels il faut au tuteur, soit l'autorisation du conseil de famille, soit cette même autorisation homologuée par la justice. Si la mère satisfait à ces conditions, quelle garantie pourrait bien offrir en plus l'assistance du conseil [3] ?— Sans doute cette solution paraît rationnelle, mais le législateur a-t-il voulu l'adopter ? Cela est très douteux. La loi est générale, et elle ne fait aucune distinction. Cette question touche d'ailleurs à un autre point que nous allons examiner.

329. La mère, à laquelle le conseil de tutelle refuse le concours qui lui est nécessaire pour accomplir un acte de la tutelle, a-t-elle quelque voie de recours contre ce refus ? Il

[1] Magnin, *Des minorités*, I, n. 447 à 449 ; de Fréminville, *op. cit.*, n. 43 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 591 ; Demolombe, VII, n. 98 et 99 ; Laurent, IV, n. 382.

[2] Demolombe, VII, n. 99.

[3] Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 19.

faut bien que ce conflit puisse être résolu. Car l'acte projeté par la mère peut être utile et même nécessaire aux intérêts du mineur. L'administration de la tutelle ne peut être indéfiniment entravée. La plupart des auteurs accordent à la mère un droit de recours, les uns devant le conseil de famille [1], les autres devant le tribunal [2]. Mais l'une et l'autre solutions se heurtent à des objections très graves. Tout d'abord le conseil de famille n'a que des attributions limitées, et aucun texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autre part, la loi n'a pas non plus donné au tribunal la mission de départager la mère et son conseil. Le rôle du tribunal consiste à homologuer les délibérations du conseil de famille, et à statuer sur l'action en nullité dirigée contre les décisions prises par celui-ci. Les règles qui déterminent ses attributions sont d'ordre public, et il est tenu de les respecter, comme le ferait un particulier. Enfin, et c'est là une observation qui s'adresse aux deux systèmes proposés, le tribunal, pas plus que le conseil de famille, ne peut contraindre le tuteur à agir quand celui-ci ne le veut pas. Il ne peut pas agir en son lieu et place. Il semble de même que, ni le conseil de famille, ni le tribunal ne puissent se substituer au conseil de tutelle et donner à la mère l'autorisation que celui-ci lui refuse. C'est précisément pour cette raison que nous avons admis tout à l'heure que l'approbation du conseil de famille et même du tribunal ne couvre pas la nullité des actes faits par la mère tutrice sans l'assistance de son conseil. Dans le silence de la loi, le plus sûr serait donc peut-être de décider qu'il n'existe aucune voie de recours proprement dite [3]. Cependant, comme il faut bien que le conflit ait un terme, le conseil de famille pourrait, selon les circonstances, prononcer, soit la destitution de la mère tutrice, si les faits démontrent son incapacité ou son infidélité, soit celle du conseil de tutelle, si l'administration de la tutelle est paralysée par la résistance injuste de celui-ci.

[1] Demolombe, VII, n. 95; Vigié, I, n. 716, 717; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 13; Beudant, II, n. 816; Surville, I, n. 426.

[2] Chardon, *Puissance tutélaire*, n. 11; Planiol, I, n. 1854. — Cpr. Code civ. néerlandais, art. 401.

[3] Laurent, IV, n. 399; Huc, III, n. 265.

330. L'assentiment donné par le conseil de tutelle aux actes de la mère n'a pas pour effet d'exonérer celle-ci de la responsabilité qui pèse sur elle à raison de ses fautes. Elle est responsable envers son pupille, en sa qualité de tutrice [1]. Quant au conseil lui-même, sa responsabilité est également engagée par l'assistance qu'il donne à la mère. On a dit qu'il ne répond que de son dol, car il est appelé seulement à donner un avis [2]. Il y a là une erreur, à notre sens. Le conseil de tutelle, ayant accepté la mission que le père lui a donnée, est tenu de la remplir consciencieusement. Sa responsabilité doit être égale à celle des membres du conseil de famille, qui, eux aussi, ont à donner au tuteur leur assentiment. Comme eux, il doit être tenu au moins de sa faute lourde [3]. Certains auteurs vont même jusqu'à dire que le conseil de tutelle, en sa qualité de mandataire, répond même de ses fautes légères [4]. Mais nous avons vu qu'il n'y a pas d'assimilation à établir entre les fonctions du conseil de tutelle et celles d'un mandataire.

331. Les fonctions du conseil de tutelle prennent fin naturellement lorsque la mère cesse d'être tutrice [5]. Elles peuvent également cesser par des causes personnelles au conseil, à savoir par sa mort, par sa démission ou par sa révocation. Il ne paraît pas douteux que le conseil de famille puisse prononcer la destitution du conseil. Le conseil a le droit de révoquer le tuteur testamentaire nommé par le père. A plus forte raison a-t-il le droit de destituer le conseil [6]. Enfin, l'arrivée du terme ou de la condition stipulés par le père met fin également à la mission du conseil de tutelle.

[1] Demolombe, VII, n. 96; Vigié, I, n. 717; Huc, III, n. 267; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 635.

[2] Delvincourt, I, p. 270; de Fréminville, *op. cit.*, I, n. 39.

[3] Vigié, *loc. cit.*; Huc, III, n. 263; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 10.

[4] Valette sur Proudhon, II, p. 288, obs. IV; Demolombe, VII, n. 102; Laurent, IV, n. 383; Beudant, II, n. 815.

[5] Duranton, III, n. 421; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 247, texte et note 8; Demolombe, VII, n. 103; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 637.

[6] Demolombe, VII, n. 104.

N° 2. Nomination d'un curateur au ventre.

332. L'art. 393 nous révèle une deuxième particularité de la tutelle déférée à la mère survivante. « *Si, lors du décès du* « *mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au* « *ventre par le conseil de famille. — A la naissance de l'en-* « *fant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de* « *plein droit le subrogé tuteur* » (1).

Ainsi, lorsque, au décès du mari, la veuve se déclare enceinte (2), la loi ne donne pas immédiatement ouverture à la tutelle sur l'enfant qui doit naître. C'est seulement à la naissance de celui-ci que la tutelle s'ouvrira, à la condition qu'il naisse vivant et viable. Jusqu'à ce moment, il y a lieu de prendre des mesures provisoires. A l'imitation du droit romain et de notre ancienne jurisprudence, l'art. 393 prescrit de nommer un curateur au ventre. Ce personnage est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari prédécédé. A ce titre, le curateur doit chercher à déjouer les diverses fraudes que l'on pourrait tenter de commettre pour porter atteinte à leurs droits.

Les principales consistent dans la suppression de part, dans la supposition de part et dans la substitution de part. *Part* (du latin *partus*) désigne ici l'enfantement ou son produit, c'est-à-dire l'enfant.

a. Suppression de part. — Supposons qu'une femme, instituée légataire universelle par son mari, soit enceinte lors du décès de celui-ci. Si son enfant naît vivant et viable, il deviendra héritier du mari ; et, comme les enfants sont héritiers réservataires, il enlèvera à sa mère une partie de la succession du

(1) Cpr. Codes civ. néerlandais, art. 403; italien, art. 236.

(2) La femme n'est pas obligée de prouver sa grossesse. Magnin, *op. cit.*, I, n. 164; Demolombe, VII, n. 61; Zachariæ, I, § 244, texte et note 3; Huc, III, n. 270; Aubry et Rau, I, § 136, texte et note 1. — Aix, 19 mars 1807, S., 7. 2. 167. — Trib. de Sens, 13 mars 1890, *J. G.*, *Suppl.*, v° *Minorité*, n. 93. — Si la femme n'a pas déclaré sa grossesse, les intéressés peuvent cependant provoquer la nomination du curateur, sauf à la femme à s'y opposer, en démontrant qu'elle n'est pas enceinte. Demolombe, VII, n. 62, 63; Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 136, texte et notes 2 à 4.

défunt. Dans ces conditions, il ne serait pas impossible que, par cupidité, la mère songeât à *supprimer son part*, c'est-à-dire à faire disparaître son enfant, et à soutenir ou qu'elle n'est jamais accouchée ou qu'elle a mis au monde un enfant mort : le tout afin de conserver l'entière succession de son mari. Le curateur au ventre veillera à ce que cette fraude ne soit pas commise.

b. Supposition de part. — Elle consiste dans la supposition d'un accouchement qui n'a pas eu lieu. Un mari meurt sans laisser d'enfant; il n'a pas songé à assurer l'avenir de sa femme par des dispositions testamentaires. Que va-t-il arriver? Toute la fortune du mari passera à son héritier le plus proche, peut-être à un collatéral éloigné, au préjudice de la veuve qui sera réduite à son droit d'usufruit légal de la moitié (art. 767). On conçoit que, dans ces conditions, la femme puisse avoir la pensée de se déclarer faussement enceinte lors du décès de son mari et de simuler plus tard un accouchement, afin de faire passer sur la tête de l'enfant, qu'elle dirait être le sien, la fortune du mari prédécédé, et d'en garder pendant dix-huit ans la jouissance intégrale (art. 384). Le curateur au ventre est là pour conjurer cette seconde fraude.

c. Substitution de part. La substitution de part consiste dans la substitution d'un enfant à un autre. Nouvelle fraude que le curateur au ventre devra chercher à prévenir. Mais quel intérêt la mère peut-elle avoir à la commettre ? Supposez qu'une veuve mette au monde un enfant mort, ou vivant mais non viable; elle pourrait songer à lui substituer un enfant vivant et viable, afin de conserver pendant dix-huit ans la jouissance de la fortune de son mari.

La loi ne distinguant pas, on doit en conclure qu'il y aurait lieu à la nomination d'un curateur au ventre alors même qu'il existerait d'autres enfants du mariage, déjà nés lors du décès du mari. Cette circonstance, il est vrai, diminuera beaucoup l'intérêt que pourrait avoir la veuve à commettre l'une des fraudes que nous venons de signaler; mais elle ne le fera pas disparaître complètement; la fraude sera donc encore *possible*, quoique moins probable, et par suite la

nomination du curateur au ventre ne sera pas inutile. Ainsi on conçoit que la mère songe à la supposition de part pour prolonger son droit d'usufruit sur la portion des biens du mari attribuée à l'enfant supposé, ou à la suppression de part pour diminuer l'importance de la réduction dont elle est menacée comme légataire universelle de son mari. — La nomination du curateur au ventre nous paraîtrait nécessaire, contrairement à l'avis de beaucoup d'auteurs, même dans le cas où les enfants déjà nés seraient mineurs et ne seraient pas soumis à la tutelle de la mère, par suite du refus de celle-ci [1]. On dit, il est vrai, que ces enfants ont un subrogé tuteur qui veillera à leurs intérêts, ce qui rend inutile la nomination d'un curateur au ventre. Mais il y a aussi les intérêts de l'enfant à naître, dont il faut se préoccuper, et d'ailleurs les termes de l'art. 393 al. 1 sont absolus. Notre solution est confirmée par les travaux préparatoires : l'art. 8 du projet confiait les fonctions de curateur au ventre au subrogé tuteur des enfants déjà nés ; or cette disposition n'a pas été maintenue [2].

333. La nomination du curateur au ventre doit être faite par le conseil de famille. Aux termes de l'al. 2 de notre texte, la mère deviendra tutrice à la naissance de l'enfant, et les fonctions de subrogé tuteur seront de plein droit déférées au curateur [3]. Nous conclurons de là :

1° Que la mère ne peut pas concourir à la nomination du curateur au ventre ; en aucun cas, en effet, le tuteur ne doit voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423).

2° Que le curateur au ventre doit être choisi parmi les parents paternels du mineur ; car le subrogé tuteur doit être pris parmi les parents de la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur (art. 423).

[1] De Fréminville, *op. cit.*, I, n. 62 ; Huc, III, n. 270 ; Vigié, I, n. 712 ; Aubry et Rau, I, § 135, texte et note 5 ; Surville, I, n. 427. — *Contra* Duranton, III, n. 429 ; Toullier, Bonnier et Roustain, I, n. 592 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 244, note 5 ; Laurent, V, n. 394. — Cpr. Demolombe, VII, n. 71 à 73.

[2] Locré, VII, p. 130.

[3] Si cependant il y a d'autres enfants mineurs, le subrogé tuteur de ceux-ci deviendrait de plein droit celui de l'enfant posthume. Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 244, note 5. Aubry et Rau, I, § 136, p. 860.

3° Que la personne nommée curateur au ventre par le conseil de famille ne peut pas refuser de remplir ces fonctions (arg. art. 426).

334. La loi n'a pas défini les pouvoirs du curateur au ventre. Il est certain que celui-ci est essentiellement chargé d'une mission de surveillance. Ses fonctions sont des plus délicates, et il doit les remplir avec tous les ménagements que la situation comporte. Le droit romain avait édicté sur ce point des règles minutieuses, dont l'application ne laissait pas que d'être humiliante pour la veuve. Le code a gardé le silence sur ce point. C'est qu'apparemment il a entendu réserver aux tribunaux le soin de décider les mesures que le curateur sera autorisé à prendre, en cas de contestation entre lui et la femme ([1]).

Il résulte de la tradition ([2]) que là ne se borne pas le rôle du curateur au ventre. Il est aussi chargé d'administrer les biens qui doivent revenir, soit à l'enfant conçu, s'il naît vivant et viable, soit, dans le cas contraire, aux héritiers du mari ([3]). L'étendue des pouvoirs qui lui appartiennent à cet égard nous est révélée par le but même en vue duquel le curateur est institué. Il veille provisoirement aux intérêts de ceux qui doivent recueillir un jour les biens. Il conserve ces biens en attendant que l'on sache à qui ils doivent revenir. Sa mission est donc une mission purement provisoire. Il en résulte qu'en principe il doit faire seulement les actes conservatoires et les actes nécessaires d'administration. En cas de nécessité et d'urgence, il pourrait cependant accomplir d'autres actes que ceux pour lesquels il est normalement institué,

[1] Toullier, II, n. 1100; Duranton, III, n. 430; Zachariæ, I, § 244, p. 483; Demolombe, VII, n. 58 à 61; Huc, III, n. 269; Aubry et Rau, I, § 136, texte et notes 6 et 10. — Cpr. Aix, 19 mars 1807, S., 7. 2. 167.

[2] Denisart, v° *Curatelle*, § 8, n. 1, 2; Pothier, *Des pers.*, tit. VI, sect. V, art. 3.

[3] *Contra* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 592. D'après ces auteurs, « il » peut y avoir lieu de donner un représentant à l'enfant conçu, soit pour exercer » ses droits (art. 725 et 906), soit, du moins, pour faire dans son intérêt des actes » conservatoires. Dans ce cas, c'est la mère qui exerce, par anticipation, les fonc- » tions de tutrice, et le curateur au ventre doit exercer, par anticipation aussi, les » fonctions de subrogé-tuteur, s'il arrive que les intérêts de la mère soient en » opposition avec ceux de l'enfant conçu ».

mais alors il faudrait au moins qu'il observât les conditions imposées au tuteur [1].

Le droit d'administration du curateur au ventre n'a plus sa raison d'être lorsque le mari a laissé d'autres enfants mineurs. C'est le tuteur de ceux-ci, la mère ou un tiers, qui sera chargé d'administrer les biens du mari [2]. Mais il serait exagéré de dire que, dans une pareille hypothèse, le curateur sera complètement étranger à l'administration. Il aura toujours le droit d'intervenir pour sauvegarder les intérêts de l'enfant à naître [3].

Comme tout administrateur du bien d'autrui, le curateur au ventre est tenu de rendre compte de son administration. Les comptes seront rendus au tuteur de l'enfant si ce dernier naît vivant et viable; ou aux ayants cause du mari, si l'enfant naît mort ou non viable, ou si l'on acquiert la certitude de la non-grossesse de la veuve [4]. Si le curateur est constitué débiteur par le règlement du compte, ses biens ne seront pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. **2121**, car il n'est pas tuteur.

N° 3. Faculté accordée à la mère de refuser la tutelle.

335. Le père est tenu d'accepter la tutelle que la loi lui défère, sauf, bien entendu, le droit qui lui appartient de faire valoir, comme tou autre tuteur, les causes d'excuse qui peuvent exister à son profit. La mère, au contraire, a le droit de refuser cette tutelle. L'art. 394 dit à ce sujet : « *La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur* » [5].

[1] Toullier, *loc. cit.*; Demolombe, VII, n. 53, 54, 75 à 78; Laurent, IV, n. 395; Huc, III, n. 271; Aubry et Rau, I, § 136, texte et notes 7 et 8; Beudant, II, n. 818. — Le curateur au ventre, n'étant pas un tuteur, n'est pas atteint des incapacités dont le tuteur est frappé dans ses relations avec son pupille. Toulouse, 6 déc. 1883, *J. G. Suppl.*, 5e *éd.*, n. 94.

[2] Demolombe, VII, n. 74; Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 136, texte et note 9.

[3] Demolombe, VII, n. 76, 77.

[4] Laurent, IV, n. 395; Aubry et Rau, I, § 136, p. 860.

[5] Cpr. Code civ. néerlandais, art. 404.

Cette différence s'explique. Les femmes étant généralement dépourvues d'expérience en affaires, la tutelle sera souvent pour la mère une charge au-dessus de ses forces; de là la faculté que la loi lui accorde de refuser les fonctions de tutrice, si elle se sent inhabile à les remplir. Il y a peu d'hommes, au contraire, qui soient complètement étrangers au maniement des affaires : le législateur suppose que le père en saura toujours assez pour gérer la tutelle de son enfant; voilà pourquoi il ne lui permet pas de la refuser.

Remarquez que c'est pour la mère un droit absolu de refuser la tutelle. Elle n'est même pas obligée d'indiquer les motifs qui la déterminent, et le conseil de famille n'a pas à statuer sur son refus, comme il aurait à le faire s'il s'agissait d'une excuse.

L'acceptation de la tutelle par la mère peut être expresse ou tacite. Elle peut se faire expressément dans une forme quelconque. L'acceptation tacite résulte de tout fait démontrant que telle est l'intention de la mère. Il y a là une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux (1).

Le droit pour la mère de refuser la tutelle semble impliquer celui de se démettre de la tutelle qu'elle aurait commencé à gérer. Il y a en effet les mêmes raisons de décider; c'est dans l'intérêt de l'enfant que la loi permet à la mère de refuser la tutelle qui lui est offerte. L'intérêt de l'enfant exige de même que la tutrice ait la faculté de se démettre de ses fonctions, si elle juge trop lourd pour elle le fardeau qu'elle a témérairement accepté (2). — Cette solution, qui nous paraît conforme à l'esprit de la loi, est cependant repoussée par un certain nombre d'auteurs (3). La tutelle, disent-ils, est en principe une charge obligatoire. Nul ne peut s'y soustraire qu'en

(1) Demolombe, VII, n. 113, 114; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 1.

(2) Allemand, *Du mariage*, II, n. 1180; Magnin, *op. cit.*, I, n. 434; Zachariæ, I, § 207, texte et note 23; Laurent, IV, n. 376; Huc, III, n. 273; Surville, I, n. 411. — Cpr. Paris, 24 juil. 1835, S., 35. 2. 405.

(3) Duranton, III, n. 423; Valette sur Proudhon, II, p. 289; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 23; Demolombe, VII, n. 111; Arntz, I, n. 694; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 2; Vigié, I, n. 710. — Trib. Seine, 2 nov. 1895, S., 96. 2. 116. — Cpr. Marcadé, II, p. 291; Demante, II, n. 143 *bis*, I.

vertu d'une autorisation du législateur. L'art. 394, dérogeant à cette règle générale, doit être interprété restrictivement. Or il dit simplement que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle. Donc il ne lui permet pas de renoncer à la tutelle après l'avoir acceptée. Cela est du reste conforme au système suivi par le code en matière d'excuses. Les excuses *a suscepta tutela* sont moins facilement admises que les excuses *a suscipienda tutela*. — Ce dernier argument ne nous paraît pas décisif. S'agit-il bien ici d'une véritable excuse? Ne peut-on pas dire plus justement que la loi a écarté pour la mère le caractère obligatoire de la tutelle? Si notre point de vue est exact, la solution que nous avons proposée ne peut guère soulever de difficultés.

336. La mère qui refuse la tutelle doit provisoirement remplir les fonctions de tutrice jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur par le conseil de famille. Cette gestion intérimaire n'est pas une tutelle; car la mère remplit les fonctions de tutrice sans en avoir le titre, puisqu'elle l'a répudié. Par suite, ses biens ne seraient pas, à raison de ladite gestion, grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121 (1). Des termes de la loi, il semble résulter que la mère doit se borner à faire les actes indispensables de la tutelle. Pour les autres, il faudra attendre que la tutelle soit régulièrement organisée.

Le conseil de famille, réuni à la réquisition de la mère, doit en effet procéder à la nomination d'un tuteur. Il est bien certain que le conseil ne peut pas imposer à la mère les fonctions de tutrice. S'il en était autrement, la faveur que la loi a accordée à celle-ci serait absolument illusoire.

N° 4. Effet du convol de la mère sur la tutelle légale dont elle est investie.

337. On lit à ce sujet dans les art. 395 et 396 : « *Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit ; et son nouveau*

(1) Demolombe, VII, n. 108. — Si la mère se démet de ses fonctions après avoir, pendant un certain temps, géré la tutelle, il en sera autrement. Huc, *loc. cit.*

» *mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la* » *tutelle qu'elle aura indûment conservée* » (art. 395). « *Lorsque* » *le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle* » *à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le* » *second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec* » *sa femme, de la gestion postérieure au mariage* » (art. 396) [1].

Le nouveau mariage, contracté par le père investi de la tutelle légitime de ses enfants, est sans influence sur cette tutelle, tandis que, au contraire, le deuxième mariage de la mère tutrice peut avoir pour conséquence de lui faire perdre la tutelle.

La mère tutrice qui se remarie passe en effet sous l'autorité d'un nouveau maître ; si elle conserve la tutelle de ses enfants, en fait c'est son nouveau mari qui la gèrera. Il convenait donc de s'assurer que le nouveau mari est digne de cette gestion ; c'est ce qu'examinera le conseil de famille, qui doit être convoqué à cet effet par les soins de la mère avant l'acte de mariage. A défaut de cette convocation, la mère perd la tutelle de plein droit. — Au contraire, le père tuteur qui se remarie conserve son indépendance : c'est bien lui qui gèrera, comme auparavant, la tutelle de ses enfants du premier lit, et non sa nouvelle épouse; le deuxième mariage du père ne devait donc exercer aucune influence sur la tutelle dont il est investi.

Telle est la raison d'être de la différence que la loi établit ici entre la tutelle du père et celle de la mère. Cette différence n'existait pas dans le projet; elle y a été introduite après coup.

Cela posé, examinons successivement les deux hypothèses prévues par nos articles.

338. Première hypothèse. *La mère a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver [2].

[1] Cpr. Codes civ. néerlandais, art. 405 s. ; italien, art. 237 s. ; espagnol, art. 168.

[2] Il suffit que la mère ait convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage. Il n'est pas nécessaire qu'elle ajourne la célébration de son mariage jusqu'au jour où le conseil de famille prend sa délibération. Montpellier, 14 mai 1883, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 77, S., 85. 2. 50.

339. I. Si le conseil de famille retire la tutelle à la mère, ce qu'il ne doit faire que pour des motifs graves, il nommera un tuteur pour la remplacer. Sa délibération n'a pas besoin d'être motivée. Il est vrai que l'art. 447 prescrit de motiver la délibération qui prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur. Mais cette règle s'explique par cette considération que, l'exclusion ou la destitution ne pouvant être prononcée que pour des causes déterminées, il faut bien que l'on puisse vérifier si le conseil n'a pas excédé ses pouvoirs. Ici, au contraire, il ne s'agit pas de prononcer la destitution de la mère [1]. Le conseil de famille est-il investi d'un pouvoir souverain d'appréciation, de telle sorte que sa décision ne soit pas susceptible d'être attaquée? La question est controversée. Nous la retrouverons plus tard, en traitant du recours contre les délibérations du conseil de famille [2].

Si la mère redevient libre par la dissolution de son nouveau mariage, elle ne recouvre pas de plein droit la tutelle qui lui a été enlevée. Peut-elle réclamer les fonctions de tutrice que son convol lui a fait perdre? Cette faculté, pensons-nous, doit lui être reconnue par argument d'analogie de l'art. 431. Mais, bien entendu, le conseil de famille ne serait pas tenu de déférer à sa requête [3].

340. II. Si le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, il doit nécessairement lui donner le second mari pour cotuteur. *Cotuteur* signifie *tuteur avec :* le deuxième mari

[1] V. cep. Montpellier, 14 mai 1883, *supra*.

[2] V. dans les deux sens : I. Demolombe, VII, n. 140; Vigié, I, n. 718; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 13; § 99 *bis*, note 23. — Grenoble, 18 janv. 1854, D., 56. 2. 55, S., 55. 2. 737. — Angers, 4 nov. 1875, D., 76. 2. 31, S., 76. 2. 168. — Trib. de Rouen, 2 juin 1891, et Rouen, 27 juil. 1891, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 130, S., 92. 2. 53. — Cass., 23 juin 1902, D., 02. 1. 347, S., 02. 1. 385 et la note de M. Lyon-Caen. — Cass., 31 déc. 1902, D., 03. 1. 143. — Besançon, 30 nov. 1904, D., 05. 2. 120. Ces auteurs et ces arrêts décident que la délibération du conseil de famille n'est pas susceptible d'un recours sur le fond. — II. En sens contraire : Laurent, IV, n. 470; Arntz, I, n. 695; Huc, III, n. 279. — Agen, 24 déc. 1861, D., 61. 2. 20, S., 61. 2. 182. — Trib. d'Arbois, 4 juil. 1868, D., 69. 3. 7, S., 69. 2. 48. — Rouen, 25 nov. 1868, D., 69. 2. 76, S., 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883, *supra*. — Paris, 19 nov. 1887, D., 88. 2. 176, S., 88. 2. 29. — Besançon, 29 janv. 1896, D., 97. 2. 305 et la note de M. Biville. — Caen, 13 déc. 1897, D., 98. 2. 305 et la note de M. Biville. — Cpr. Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273.

[3] I. Demolombe, VII, n. 141.

sera donc nommé tuteur avec sa femme. Présumant que celui-ci gèrera *en fait* la tutelle qui est conservée à la mère, la loi veut qu'il ait *en droit* le titre de tuteur.

Dans la pensée du législateur, la tutelle de la mère remariée ne va pas sans la cotutelle de son nouveau mari. Aussi faut-il décider que si le conseil de famille, tout en conservant la tutelle à la mère, avait omis de statuer sur la cotutelle, cette omission ne tirerait pas à conséquence et n'empêcherait pas le nouveau mari d'avoir le titre de cotuteur. Cela posé, il eût été beaucoup plus simple de disposer que le nouveau mari est de droit cotuteur, conformément à l'ancien adage : *Qui épouse la veuve épouse la tutelle.*

Le mineur aura donc désormais deux tuteurs au lieu d'un. La mère et son deuxième mari gèreront conjointement la tutelle. Peu importe le régime matrimonial adopté par eux; la loi n'accorde à aucun d'eux la prééminence sur l'autre (1). Le mari n'a pas plus de pouvoirs que la femme. Le concours des deux époux sera donc nécessaire pour tous les actes de la tutelle, non seulement pour les actes de disposition, mais aussi pour ceux de simple administration, et les tiers devront s'adresser collectivement à tous deux. Par suite, chacun des époux pourra faire opposition aux actes projetés par l'autre (2). Devant cette opposition, celui-ci ne pourra pas agir. Comment le conflit sera-t-il résolu? Nous pensons qu'il faut admettre ici une solution analogue à celle que nous avons admise en ce qui concerne le conseil de tutelle (3).

La mère et son deuxième mari étant tous deux tuteurs, il ne sera rendu qu'un seul compte pour la gestion des deux époux (4).

(1) Demolombe, VII, n. 136; Laurent, IV, n. 388; Vigié, I, n. 720; Huc, III, n. 278; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 39. — Cass., 5 mai 1856, D., 56. 1. 241, S., 56. 1. 793. — Cpr. Magnin, I, n. 458 à 461; de Fréminville, I, n. 54 et 171; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 21, 22.

(2) L'absence d'opposition de la part de l'un des époux peut, suivant les circonstances, être envisagée comme une adhésion à l'acte accompli par l'autre, au moins en ce qui concerne les actes courants de l'administration. Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 642. — *Contra* Laurent, IV, n. 388.

(3) *Supra*, n. 329.

(4) Cass., 19 avril 1886, D., 87. 1. 171, S., 90. 1. 109. — Cpr. Cass., 24 oct. 1905, D., 06. 1. 153.

Naturellement le nouveau mari est responsable des suites de la gestion à laquelle il a coopéré, c'est-à-dire de la gestion *postérieure au mariage ;* il en est responsable *solidairement avec sa femme*, c'est-à-dire que, de même que celle-ci, il peut être poursuivi pour le tout. Ses biens, comme ceux de la mère, seront grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

341. Lorsque le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, peut-il lui imposer des conditions spéciales? En principe, il faut répondre négativement. Le conseil de famille ne peut pas imposer à la mère, à laquelle il conserve la tutelle, un mode d'administration qu'il ne lui appartiendrait pas d'imposer à un tuteur ordinaire (1). Cependant, il aurait, à notre avis, le droit de prendre certaines mesures qu'il ne pourrait prendre si la mère gérait seule la tutelle. Il pourrait régler la dépense annuelle du mineur et contraindre la mère et son mari, cotuteur, à remettre au subrogé tuteur des états de situation. Sans doute, les art. 454 et 470 lui refusent ce droit lorsqu'il s'agit de la tutelle légale du père ou de la mère, et, dans notre espèce, la mère est investie de la tutelle légale (2). Mais il ne faut pas oublier que la mère n'est pas seule tutrice. A côté d'elle, il y a un autre tuteur qui a des pouvoirs égaux aux siens, et qui même, la loi du moins le présume, dirigera en fait les affaires du mineur. De même nous appliquerons les art. 455 et 456 (3).

342. La cotutelle du mari est étroitement liée à la tutelle de la mère. Le mari n'est appelé à gérer la tutelle que parce que sa femme remplit les fonctions de tutrice. Et de même, la mère ne peut pas gérer seule la tutelle; son deuxième mari lui est nécessairement associé, en qualité de cotuteur.

(1) Demolombe, VII, n. 146; Laurent, IV, n. 386; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 641. — Grenoble, 28 juill. 1832, *J. G.*, v° *cit.*, n. 402, S., 33. 2. 76. — Caen, 31 déc. 1845, D., 46. 4. 501, S., 46. 2. 621. — Grenoble, 21 juin 1854, S., 55. 2. 407.

(2) On peut cependant, dans un certain sens, qualifier de tutelle dative la tutelle conservée à la mère, car il dépend du conseil de famille de ne pas maintenir la mère dans ses fonctions de tutrice. Huc, III, n. 277; Vigié, I, n. 719; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 36.

(3) Demolombe, VII, n. 146 et 630; Laurent, IV, n. 386; Huc, III, n. 277; Aubry et Rau, *loc. cit.* — Grenoble, 21 juin 1854, D., 56. 2. 277, S., 55. 2. 407. — Cass., 5 mai 1856, D., 56. 1. 241, S., 56. 1. 793. — Cass., 15 nov. 1898, D., 04. 1. 465.

En conséquence, tout événement qui met fin aux pouvoirs de l'un des deux époux entraîne, en principe, la cessation de ceux de l'autre époux.

Nous disons d'abord que toute cause qui met fin à la tutelle de la mère met fin également à la cotutelle du mari. Le conseil de famille peut alors confier au mari les fonctions de tuteur.

Nous disons ensuite que la mère cesse d'être tutrice, lorsque le mari perd la cotutelle. Mais ici il y a lieu de faire certaines distinctions. Si le mari fait valoir une excuse ou s'il est destitué de la cotutelle, la mère perdra la tutelle : si elle la conservait, on s'exposerait à voir le mari gérer en fait une tutelle qu'il a été déclaré indigne de conserver ou qu'il n'a pas voulu conserver en droit (1). Il en serait autrement, si la cotutelle du mari prenait fin par sa mort (2) ou par son interdiction (3). Quand le mari est là, pouvant gérer la tutelle, la loi veut qu'il assume en droit la responsabilité d'une gestion qu'il exercera en fait, et par suite, si le mari cesse d'être tuteur en droit, il faut nécessairement lui retirer en fait l'exercice de la tutelle : le seul moyen pour y parvenir est d'enlever la tutelle à la mère. Il n'en est plus de même, évidemment, quand le mari est devenu incapable en fait comme en droit de gérer la tutelle : ce qui arrive quand il est mort ou interdit. Dans ce cas, la mère conserve donc la tutelle. Il faut donner la même solution au cas où le nouveau mariage de la mère est dissous par le divorce : le mari cesse d'être cotuteur et la mère garde la tutelle (4). La question est beaucoup plus douteuse si la séparation de corps est prononcée entre les deux époux. Le code a gardé le silence sur ce point, et cela est regrettable. Parmi les auteurs, les uns décident que la tutelle de la mère et la cotutelle du mari cessent de

(1) Demolombe, VII, n. 138; Laurent, IV, n. 387; Huc, III, n. 278; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 643; Planiol, I, n. 1823. — Bourges, 28 janv. 1857, D., 59. 2. 50, S., 57. 2. 508. — Rouen, 25 juin 1857, S., 58. 2. 408. — Trib. de la Seine, 29 nov. 1872, S., 73. 2. 150, D., 73. 3. 16.

(2) Demolombe, VII, n. 138; Aubry et Rau, Planiol, *loc. cit.*

(3) Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 41 *bis*; Planiol, *loc. cit.* — *Contra* Huc, III, n. 278; Beudant, II, n. 810. — Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 643. — *Contra* Huc, *loc. cit.*

plein droit par l'effet de la séparation de corps et qu'il y a lieu à la tutelle dative [1]; les autres que le mari et la femme conservent leurs pouvoirs [2]. Dans un autre système, on raisonne de la manière suivante : En principe, la séparation de corps n'entraîne pas l'extinction des pouvoirs conférés aux époux. Seulement le conseil de famille prononcera la destitution de celui contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Dès lors, l'autre époux perdra nécessairement ses fonctions, et il faudra organiser la tutelle dative. Si c'est la mère qui a été destituée, le second mari pourra être de nouveau nommé tuteur par le conseil de famille. Dans le cas où la destitution du mari a été prononcée, la mère pourra être chargée de la tutelle, qu'elle gèrera seule et sans l'assistance de son mari [3]. — Ces diverses solutions sont assez arbitraires. Il vaudrait peut-être mieux décider que la séparation de corps, comme le divorce, fait perdre de plein droit au mari sa qualité de cotuteur, mais n'a point pour effet d'enlever la tutelle à la mère. Cette solution, qui paraît bien conforme à l'intention du législateur, ne peut plus guère être contestée depuis la loi du 6 février 1893. La cotutelle du mari n'a plus de raison d'être après la séparation de corps. Il n'y a plus lieu de craindre en effet une immixtion du mari dans la gestion de la tutelle. La femme n'est plus soumise à l'autorité de son mari, pour ses propres affaires; elle est désormais indépendante de son mari [4].

343. Deuxième hypothèse. *La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* La violation de l'obligation qui lui est imposée par la loi produit certaines conséquences, tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du mari, que la loi rend responsable de la faute commise par sa femme.

344. I. *A l'égard de la mère.* — Elle perd de plein droit la tutelle. Par conséquent elle n'a plus le pouvoir de représenter le mineur. Si, en fait, elle continue à gérer la tutelle

[1] Chardon, *Puiss. tutel.*, n. 24.
[2] Hue, III, n. 278.
[3] Demolombe, VII, n. 139 *bis*.
[4] Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, note 41 *ter*. — Trib. de Narbonne, 27 juin 1901, D., 01, 2, 140.

après l'avoir perdue en droit, les actes accomplis postérieurement au mariage seront inopposables à l'enfant *en tant qu'actes de tutelle*. Nous voulons dire par là que les tiers qui ont traité avec la mère ne peuvent pas trouver dans les règles de la tutelle le principe d'une action contre le mineur et qu'ils ne sont plus fondés à invoquer la maxime : *factum tutoris est factum pupilli*. Ce n'est pas à dire cependant qu'ils soient absolument privés de toute voie de recours. Ils pourront agir contre l'enfant par l'action *de in rem verso* ou par l'action de gestion d'affaires (1). Mais, au contraire, le mineur peut se considérer comme valablement représenté par sa mère. D'une part, en effet, la déchéance de l'art. 395 est édictée dans son intérêt, et il peut renoncer à s'en prévaloir. D'autre part, les tiers, en traitant avec la mère, ont reconnu sa qualité de tutrice, et l'enfant peut ratifier les actes qu'elle a accomplis en son nom (2).

Les règles que nous venons d'indiquer devront être appliquées, même si les tiers ont, en fait, ignoré la déchéance encourue par la mère, et il ne sera pas permis à ceux-ci d'alléguer leur bonne foi (3). Ainsi le paiement effectué, même de bonne foi, entre les mains de la mère, serait frappé de nullité, à moins, bien entendu, qu'il n'ait profité au mineur. Cette solution a été critiquée, comme contraire à l'équité (4). Mais les arguments qu'on tire des art. 1240, 2008 et 2009 ne sont pas concluants, car ces textes sont relatifs à d'autres hypothèses, et ils ne peuvent être étendus. Et d'autre part, il faut tenir compte de l'intérêt du mineur que la loi met au-dessus de celui des tiers. Ces derniers ne sont pas exempts de tout reproche. Le mariage a été célébré publiquement. Les tiers auraient dû savoir que la mère s'est remariée. Ils auraient dû se renseigner auprès du juge de paix et des membres du conseil de famille.

(1) Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 29; Sumien, *Essai sur les tuteurs de fait, Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 803.

(2) Duranton, III, n. 426, note; Demolombe, VII, n. 122; Laurent, IV, n. 391; Vigié, I, n. 722; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 31; Sumien, *op. cit.*, p. 802. — Cass., 28 mai 1823, S., 24. 1. 7.

(3) Laurent, IV, n. 391; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, note 28; Sumien, *op. et loc. cit.*

(4) Demolombe, VII, n. 121. — Cpr. Turin, 25 juin 1810, S., 12. 2. 417.

Il est clair d'ailleurs que si la mère veut exercer contre des tiers les droits appartenant au mineur, ceux-ci peuvent lui opposer son défaut de qualité ([1]).

Il arrivera donc souvent que la mère conservera en fait la tutelle qu'elle a perdue en droit. Elle sera tutrice de fait. Cette tutelle de fait produira des effets semblables à ceux de la tutelle de droit, car il n'est pas admissible que, par la faute de sa mère, l'enfant se trouve dépourvu de protection ([2]). De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° La mère est tenue de remplir les devoirs de la tutelle, tant qu'elle n'a pas été remplacée dans ses fonctions. Elle doit faire par conséquent les actes conservatoires. Si un préjudice est causé au mineur, par suite de la situation qu'elle-même a créée, elle en répondra envers lui. Elle sera donc responsable non seulement de ses faits de gestion, mais aussi de son défaut de gestion. Cela résulte du texte de la loi, et aussi des travaux préparatoires ([3]).

2° Pour sûreté des obligations ainsi contractées par la mère, les biens de celle-ci seront grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121. Il serait en effet étrange que, par la faute de sa mère, l'enfant fût privé de la garantie de son hypothèque légale, alors qu'il en aurait joui, si la mère avait satisfait aux prescriptions de la loi ([4]).

345. II. *A l'égard du mari.* — L'art. 395 al. 2 le déclare solidairement responsable avec sa femme de toutes les suites de la tutelle indûment conservée par celle-ci. Cette disposition rigoureuse de la loi se justifie par un double motif. D'abord le mari est en quelque sorte complice de la faute commise par sa femme. En outre, il est probable qu'en fait il gérera les affaires de sa femme et celles des enfants de sa femme. Il sera cotuteur de fait, comme sa femme est tutrice de fait. La loi veut qu'il en supporte les conséquences. Peu

[1] Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 32.

[2] Valette sur Proudhon, II, p. 289, obs. 6; Demolombe, VII, n. 119, 123, 124; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 24; Sumien, *op. cit.*, p. 785 s.

[3] Locré, VII, p. 217; Demolombe, VII, n. 123; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 25; Sumien, *op. cit.*, p. 804.

[4] V. sur ce point Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissem., des priv. et hyp.*, II, n. 1187; Sumien, *op. cit.*, p. 808.

importe du reste le régime matrimonial adopté par les époux. L'art. 395 ne fait à cet égard aucune distinction.

Des termes de la loi il résulte que le nouveau mari répond de toutes les conséquences de la tutelle, sans aucune exception. Il est responsable à raison du défaut de gestion, comme à raison des actes de gestion ; il répond de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure. Par où l'on voit qu'il y a une différence, au point de vue de la responsabilité, entre le mari cotuteur de droit et le mari cotuteur de fait. Tandis que le premier n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, le second est tenu tant de la gestion antérieure que de celle postérieure au mariage. Cela saute aux yeux, quand on compare le texte de l'art. 395 avec celui de l'art. 396. Ce dernier article, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de droit, le déclare responsable « de la gestion postérieure au mariage » ; tandis que le premier, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de fait, le déclare responsable « *de toutes les suites* de la tutelle... indûment conservée » : — *de toutes les suites,* par conséquent des suites de la gestion *antérieure,* aussi bien que des suites de la gestion *postérieure* au mariage. Cette différence s'explique d'ailleurs aisément. La loi devait se montrer moins rigoureuse pour le mari cotuteur de droit, qui gère en vertu d'un titre régulier, que pour le mari cotuteur de fait, qui a un titre irrégulier, ou qui, pour mieux dire, n'a pas de titre. Enfin cette solution était déjà admise en droit romain (1) et dans notre ancien droit (2). Malgré ces raisons, qui ont entraîné la jurisprudence (3) et la majorité des auteurs (4), une minorité (5),

(1) L. 6, C. Just., VIII, 14, *in quib. causis pignus.*

(2) Domat, *Lois civiles*, II, 1, 3, 37 ; Pothier, *Des hypothèques*, I, 1, 3.

(3) Poitiers (motifs), 28 déc. 1824, S., 25. 2. 51. — Nîmes, 30 nov. 1831, S., 32. 2. 139. — Caen, 22 mars 1860, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 87, S., 60. 2. 610. — Dijon, 16 juin 1862, D., 62. 2. 146, S., 62. 2. 486. — Paris, 14 mars 1905, D., 07. 2. 23.

(4) Delvincourt, I, p. 271 ; Duvergier sur Toullier, I, n. 1098, note *b* ; Duranton, III, n. 426 ; Zachariæ, I, § 229, note 3 ; Marcadé, II, n. 187 ; Grenier, *Des hypoth.*, I, n. 280 ; Troplong, *Des hypoth.*, II, art. 2121, n. 426 ; Magnin, *op. cit.*, I, n. 457 ; Valette sur Proudhon, II, p. 290, note 7 ; Arntz, I, n. 695 ; Huc, III, n. 275 ; Vigié, I, n. 723 ; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 26 ; Beudant, II, n. 787 ; Surville, I, n. 411.

(5) Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I,

respectable par la qualité plus encore que par le nombre de ses adhérents, soutient que le mari, cotuteur de fait, n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, de même que le mari cotuteur de droit. On tire argument, en faveur de cette dernière opinion, des travaux préparatoires et des termes mêmes de l'art. 395. Le projet primitif contenait, dans son art. 12, la disposition suivante : « Si c'est la mère qui s'est remariée sans avoir rempli la même obligation, la tutelle ne peut lui être conservée et son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion, à compter du jour de l'acte de mariage » [1]. Berlier, dans la séance du conseil d'Etat du 6 brumaire an XI, proposa une nouvelle rédaction, consacrant le même système [2]. De même le tribunat demanda que le mari fût rendu responsable du défaut de gestion, comme de l'indue gestion, mais toujours depuis le jour du mariage [3]. Il est vrai que les mots « à compter du jour de l'acte de mariage » ont disparu de la rédaction définitive, sans qu'on ait indiqué la raison de cette suppression. Mais il n'en reste pas moins que le système du conseil d'Etat et du tribunat n'a pas varié au cours de la discussion ; jamais il n'a été question de rendre le mari responsable même de la gestion antérieure au mariage. Il serait étrange que ce système eût été abandonné sans aucun motif. Le texte lui-même de l'art. 395 confirme cette induction. L'art. 395 ne déclare pas le mari, cotuteur de fait, responsable de toutes les suites de la tutelle indistinctement, mais seulement des suites de la tutelle *indûment conservée* ; or la tutelle indûment conservée, c'est seulement la tutelle postérieure au mariage ; donc le mari n'est responsable que des suites de cette gestion.

Ces divers arguments sont loin d'être concluants. Celui qui est tiré des travaux préparatoires se retourne contre l'opinion à l'appui de laquelle on l'invoque. Sans doute, on n'a pas donné de raisons pour expliquer la modification apportée au

n. 564, 565 ; Demolombe, VII, n. 126 et 127 ; Laurent, IV, n. 389 ; Planiol, I, n. 1826. — Cpr. Demante, II, n. 144 *bis*, IV.

[1] Fenet, X, p. 572 ; Locré, VII, p. 173.

[2] Fenet, X, p. 579, 586 ; Locré, VII, p. 197 (art. 8).

[3] Fenet, X, p. 640 ; Locré, VII, p. 217.

projet primitif. Mais il est certain que les mots « à compter du jour du mariage » ont été retranchés à la suite de la conférence avec le tribunat. Ce retranchement significatif ne se comprendrait pas s'il n'y avait pas eu un revirement dans les idées. A l'argument tiré du texte de l'art. 395 on peut répondre : La tutelle que la femme a conservée indûment, c'est celle qu'elle avait avant le mariage ; or le législateur déclare le nouveau mari responsable de toutes les suites de cette tutelle sans distinction : donc il est responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

Les biens du mari cotuteur de fait sont-ils grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121? La question est extrêmement controversée. Il y a sur ce point des divergences même entre les auteurs qui admettent une solution identique en ce qui concerne la question que nous venons d'examiner. Les uns déclarent les biens du mari affranchis de l'hypothèque légale, sans aucune distinction. Les autres décident que les biens du mari sont frappés de cette hypothèque, seulement à raison des créances nées au profit du mineur de la gestion postérieure au mariage. Nous admettrions, pour notre part, que l'hypothèque légale garantit le mineur, non seulement pour les créances résultant de la gestion postérieure, mais aussi pour celles qui ont leur cause dans la gestion antérieure à la célébration du mariage (1).

346. Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas satisfait à la prescription de l'art. 395, le conseil de famille, convoqué à la requête de qui de droit, doit nommer un autre tuteur pour la remplacer. Il a été jugé à tort qu'il y avait lieu en pareil cas à la tutelle des ascendants ; une simple lecture des art. 402 et 405 suffit à démontrer qu'il n'y a lieu à cette tutelle qu'après le décès des père et mère (2).

Le conseil de famille pourrait-il nommer tutrice la mère elle-même qui a perdu la tutelle? Pourquoi pas? On lit, il est vrai, dans l'art. 445, que « Tout individu qui aura été

(1) V. sur ce point Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1187.

(2) Paris, 24 juin 1856, S., 56. 2. 527, D., 57. 2. 10. — Montpellier (motifs), 13 juin 1866, S., 67. 2. 114, D., 68. 2. 162. — Rennes, 21 juil. 1890, D., 91. 2. 162, S., 91. 2. 20. — *Contra* Trib. Sens, 14 déc. 1855, D., 57. 2. 10, S., 56. 2. 527.

« exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre « d'un conseil de famille » : ce qui entraîne *a fortiori* l'incapacité d'être tuteur (arg. art. 442). Mais d'abord, il n'y a pas ici *exclusion* ni *destitution* de la mère, dans le sens propre de ces expressions ; la loi dit seulement que la mère « perd la tutelle » (art. 395). Y eût-il exclusion ou destitution, l'art. 445 n'en serait pas plus applicable ; car il n'est écrit qu'en vue des causes d'exclusion ou de destitution prévues par les articles précédents. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens. La tutelle ainsi conférée à la mère est une tutelle dative et non une tutelle légale (3). La mère tient ses pouvoirs, non de la loi, mais du conseil de famille. Bien que le caractère de la tutelle se soit transformé, nous pensons cependant que le conseil de famille, en nommant tutrice la mère déchue de la tutelle, devra lui donner pour cotuteur le nouveau mari (4). Cela est conforme à l'esprit de la loi, sinon à sa lettre. Dans la pensée du législateur, la cotutelle du mari paraît inséparable de la tutelle de la mère. Il y a toujours lieu de craindre l'ingérence du mari dans la direction des affaires du mineur, et dès lors il est nécessaire de lui imposer la responsabilité de la tutelle.

347. Les art. 395 et 396 supposent que la mère est investie de la tutelle au moment où elle contracte un nouveau mariage. La loi n'a pas prévu une autre hypothèse qui est cependant susceptible de se présenter assez souvent. On peut supposer une femme divorcée et remariée qui se trouve, au cours de son nouveau mariage, appelée, par le décès de son premier époux, à la tutelle des enfants issus de son mariage antérieur. Il nous paraît impossible d'appliquer à cette hypothèse les dispositions des art. 395 et 396, étant

(1) Demolombe, III, n. 427 et 511 ; de Fréminville, I, *op. cit.*, n. 56 et 170 ; Demolombe, VII, n. 131 ; Laurent, IV, n. 392 ; Huc, III, n. 276 ; Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 33 ; Planiol, I, n. 1815 ; Beudant, II, n. 787 ; Surville, I, n. 411.

(2) Metz, 30 avril 1820, S., 21. 2. 339. — Paris, 24 juin 1856, D., 57. 2. 10, S., [illegible] 2. 521. — Paris, 19 nov. 1887, D., 88. 2. 76, S., 88. 2. 29. — Rennes, 21 juil. 1893, *supra*.

(3) Marcadé, II, n. 180 ; Huc, Aubry et Rau, Beudant, *loc. cit.* — Paris, 19 nov. 1887 ; Rennes, 21 juil. 1893, *supra*.

(4) Demolombe, VII, n. 131 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

donné leur caractère exceptionnel. On ne peut pas appliquer l'art. 395 et déclarer la mère déchue de la tutelle pour n'avoir pas fait convoquer le conseil de famille et, par suite, l'art. 396 est également inapplicable. Nous déciderons, en conséquence, que la mère ne pourra se voir enlever ses fonctions de tuteur par le conseil de famille, à moins qu'elle ne se trouve dans un des cas d'exclusion ou de destitution admis par la loi ; et que, d'autre part, son second mari ne sera pas, en droit, associé à sa gestion en qualité de cotuteur. Si, en fait, il s'est ingéré dans la tutelle, il sera simplement traité comme un tuteur de fait. Il y a là une lacune regrettable de notre législation.

SECTION IV

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE, OU TUTELLE TESTAMENTAIRE

348. La tutelle testamentaire est admise par la plupart des législations. On lui donne le pas, non seulement sur la tutelle légitime, déférée au hasard de la parenté, mais même aussi sur la tutelle dative, déférée par le choix éclairé de l'autorité tutélaire ou du conseil de famille [1].

349. Le code civil s'occupe de la tutelle testamentaire dans ses art. 397 et s. Il est remarquable que l'expression « tutelle testamentaire » ne se trouve pas dans les textes. Peut-être les rédacteurs du code ont-ils voulu par là témoigner de leur

[1] Les législations étrangères peuvent être, sur ce point, divisées en plusieurs groupes, qui se distinguent par la manière plus ou moins libérale dont elles concèdent le droit de nommer aux mineurs un tuteur testamentaire. — I. Les unes reconnaissent au père seul le droit de donner un tuteur à ses enfants (Code civ. autrichien, art. 196; Hongrie, L. XX de 1877, art. 34; et divers cantons suisses ; V. Lardy, *op. cit., passim*). — II. D'autres, suivant les principes consacrés par le droit romain, dans son dernier état, reconnaissent cette faculté, non seulement au père et à la mère, mais aussi, sous certaines conditions, aux autres ascendants et même à des étrangers (Code civ. mexicain, R. de la Grasserie, *Rés. anal.*, p. 54; chilien, art. 360; italien, art. 247; portugais, art. 193 à 197). — III. D'autres enfin, entre lesquelles il existe d'ailleurs des divergences plus ou moins accentuées, n'attribuent qu'aux père et mère seulement le pouvoir de nommer un tuteur testamentaire (Codes civ. belge, art. 397; néerlandais, art. 409 s.; certaines législations cantonales suisses, Lardy, *op. cit., passim*).

déférence envers les traditions coutumières. Mais il n'est pas douteux cependant que c'est la tutelle testamentaire qu'ils ont réglementée dans la section II du chapitre *De la tutelle*. Ils ont emprunté cette institution aux pays de droit écrit, mais en lui faisant subir des modifications importantes.

350. Le principe est énoncé par l'art. 397 :

« *Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère* ».

= *Le droit individuel.* La loi a voulu exprimer par là l'indépendance du survivant des père et mère à l'égard du conseil de famille. Le droit de choisir un tuteur appartient au père ou à la mère *individuellement*, c'est-à-dire qu'il peut l'exercer sans le contrôle du conseil de famille. Il en résulte que la nomination du tuteur testamentaire n'a pas besoin d'être confirmée par une délibération du conseil de famille. L'art. 400 apporte cependant à cette règle une exception.

= *Au dernier mourant des père et mère.* La loi ne dit pas : au *survivant*. Elle a voulu indiquer par cette expression, singulière en apparence et qu'elle n'emploie nulle part ailleurs, que le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour le temps qui suivra son décès. La loi suppose que le survivant est tuteur de ses enfants, et elle lui permet de désigner, en prévision de sa mort, son successeur quant à la tutelle. La disposition, par laquelle le survivant des père et mère défère la tutelle, a donc de l'analogie avec une disposition testamentaire (toutes les dispositions testamentaires sont faites en vue du décès), et voilà pourquoi la doctrine donne à la tutelle qui nous occupe le nom de *tutelle testamentaire* (1).

351. Le premier mourant des père et mère ne peut donc nommer un tuteur testamentaire, alors même que l'époux survivant se trouverait dans l'impossibilité de gérer la tutelle, par suite, par exemple, de son interdiction ou de la déchéance de la puissance paternelle encourue par lui. La thèse contraire, soutenue par certains auteurs (2), nous paraît formel-

(1) V. cependant Demolombe, II, n. 788.

(2) Delvincourt, I, p. 100, note 2 ; Zachariæ, I, § 208, note 6.

lement condamnée par les termes de l'art. 397. Le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartient qu'au *dernier mourant* des père et mère. L'unique événement qui donne ouverture à ce droit est donc la mort de l'un des deux époux (1).

L'on doit décider de même que, si l'un des époux est en état d'absence présumée, l'autre n'aura pas le droit de choisir un tuteur à ses enfants (arg. art. 142). En sera-t-il de même si l'absence est déclarée ? La question est délicate. Peut-être conviendrait-il de décider, malgré les termes de l'art. 397, que le droit de nommer un tuteur testamentaire appartient alors à l'époux présent. D'une part, en effet, la déclaration d'absence entraîne l'ouverture des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. D'autre part, les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 397 militent en faveur de cette solution. L'époux présent est investi de la tutelle au moment de son décès; il peut donc en disposer (2).

352. Le survivant des père et mère ne peut nommer un tuteur testamentaire que pour le temps où il ne sera plus. Si donc, pour une cause quelconque (refus, excuse, incapacité, exclusion ou destitution), il ne gère pas la tutelle, il ne peut nommer le tuteur qui le remplacera sa vie durant (3).

353. Dans les mêmes hypothèses, le dernier mourant des père et mère ne pourra pas non plus nommer un tuteur pour gérer la tutelle après son décès. Cette manière de voir est cependant contestée par un certain nombre d'auteurs. Ils se fondent sur l'art. 398 aux termes duquel : « *Ce droit* [le » droit de nommer un tuteur testamentaire] *ne peut être* » *exercé que dans les formes prescrites par l'art. 392, et sous* » *les exceptions et modifications ci-après* ». L'art. 398 accorde, en termes très généraux, au dernier mourant des père et mère, le droit de nommer à ses enfants un tuteur testamen-

(1) Duranton, III, n. 435 ; Marcadé, II, n. 188 ; Valette sur Proudhon, II, p. 293 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 597 ; Demante, II, n. 146 *bis*, I ; Demolombe, VII, n. 156 ; Laurent, IV, n. 396 ; Aubry et Rau, I, § 100, p. 644.

(2) Marcadé, *loc. cit.* — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Demolombe, II, n. 325.

(3) Cpr. cependant Toullier, II, n. 1102 ; Zachariæ, I, § 208, note 5.

taire. Ce principe comporte certaines exceptions annoncées par le texte. D'après l'art. 399 : « *La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur* ». De même, le droit de nommer un tuteur testamentaire cesse pour le père ou la mère survivant, lorsqu'il est exclu ou destitué de la tutelle (arg. art. 445) et lorsqu'il est déchu de la puissance paternelle (L. 24 juill. 1889, art. 1 et 2). Mais ces *exceptions* ou *modifications* au principe général posé par l'art. 397 ne peuvent être étendues, et le principe reprend son empire dans toutes les autres hypothèses. En conséquence, l'on reconnaît le droit de nommer un tuteur testamentaire au père qui s'est fait excuser de la tutelle (1) et à la mère qui a refusé la tutelle (2). Bien que le père ou la mère refusant ou excusé n'exerce pas la tutelle, il a toujours le pouvoir de l'exercer et par conséquent il a le droit de la transmettre. Quelques auteurs apportent cependant à cette solution un tempérament : le père ou la mère n'ayant pas le droit de destituer le tuteur en exercice, la nomination du tuteur testamentaire ne produirait ses effets que si la tutelle se trouve vacante au jour du décès du survivant des père et mère (3).

Nous croyons plus sûr de décider, d'une manière générale, que quelle que soit la cause pour laquelle le survivant des père et mère ne gère pas la tutelle au moment de son décès, il est privé du droit de nommer un tuteur à ses enfants. La faculté de nommer un tuteur testamentaire nous semble une suite et un prolongement de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. Le survivant des père et mère est simplement autorisé par la loi à se choisir un successeur dans les fonctions de tuteur. Il est donc nécessaire qu'il soit investi de ces fonctions au moment de son décès. Sans doute, l'art. 399 devient alors inutile ; loin d'apporter une exception au principe général de l'art. 398, il constitue, d'après nous, l'appli-

(1) Dalloz, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 135 ; Duranton, III, n. 438 ; Allemand, *Du mariage*, II, n. 1216, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 598 ; Demante, II, n. 148 *bis*, II.

(2) Duranton, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* ; Demante, II, n. 148 *bis*, I.

(3) Delvincourt, I, p. 160, note 2 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 208, note 8.

cation de la règle que nous venons d'énoncer. Mais est-ce la seule disposition inutile que l'on puisse relever dans le code civil [1] ?

354. En résumé, le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère, investi de la tutelle au jour de son décès, et il ne peut l'exercer que pour le temps où il ne sera plus. L'art. 398 nous informe que ce droit est soumis à certaines restrictions. En réalité, si l'on accepte l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 399, les restrictions annoncées par l'art. 398 se réduisent à une seule, qui est indiquée par l'art. 400. « *Lorsque,* nous dit ce texte, *la mère remariée et maintenue* » *dans la tutelle aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son* » *premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera* » *confirmé par le conseil de famille* ». La formule que nous trouvons dans ce texte ne rend pas très exactement la pensée du législateur. Celui-ci a voulu dire que la *nomination* faite par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est valable en elle-même, mais que le tuteur choisi par la mère ne pourra entrer en fonctions que s'il a reçu l'investiture du conseil de famille. Elle est valable en ce s ns qu'elle exclut toujours la tutelle légitime des ascendants, *alors même que le choix de la mère ne serait pas confirmé par le conseil de famille* [2]. L'art. 400, interprété de cette manière, se concilie parfaitement avec l'art. 399. La nomination faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle ne peut produire aucun effet; l'art. 399 nous dit, en effet, que, dans ce cas, la mère *ne peut pas* choisir un tuteur. Au contraire, la mère remariée et maintenue dans la tutelle a le droit de choisir un tuteur, et si son choix n'est pas confirmé par le conseil de famille, la volonté exprimée par la mère n'en a pas moins pour effet d'écarter la tutelle des ascendants. Cette solution est corroborée par la disposition de l'art. 402, sur laquelle nous aurons à revenir.

(1) Marcadé, *loc. cit.;* Zachariæ, I, § 208, p. 411; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 38 et 39; Demolombe, VII, n. 163; Laurent, IV, n. 396; Huc, III, n. 280; Beudant, II, n. 788; Vigié, I, n. 727; Planiol, I, n. 1805; Surville, I, n. 412.

(2) Cpr. Demante, II, n. 148 *bis*, II.

Le conseil de famille appelé à statuer sur le choix fait par la mère n'a pas à motiver sa délibération. Celle-ci est-elle susceptible d'un recours sur le fond? Nous étudierons cette question en traitant des voies de recours contre les délibérations du conseil de famille (1).

Les art. 399 et 400 devront recevoir leur application même si la mère remariée est redevenue veuve. Sans doute, l'influence du deuxième mari n'est plus à redouter. Mais l'art. 399 se borne à appliquer un principe général, qui n'a pas été écrit seulement en vue de la mère remariée et non maintenue dans la tutelle. L'art. 400, d'autre part, est rédigé en termes absolus, qui ne laissent place à aucune distinction. Puis, ne peut-on pas dire que les motifs de la loi subsistent encore, la mère ayant contracté, par son nouveau mariage, des affections nouvelles et assumé des charges qui peuvent nuire aux intérêts de ses enfants du premier lit (2)?

355. Le droit de nommer un tuteur testamentaire appartient au survivant des père et mère sans autre restriction que celle que nous venons d'étudier. Ainsi, peu importe en quelle qualité il a géré la tutelle. Par exemple, le survivant est nommé tuteur par le conseil de famille, après avoir refusé la tutelle ou s'en être fait excuser. Bien qu'il soit alors investi de la tutelle dative, et non de la tutelle légale, il pourra néanmoins nommer un tuteur testamentaire. La même solution doit être donnée pour la mère survivante, qui, après avoir été déchue de la tutelle pour n'avoir pas fait convoquer le conseil de famille avant la célébration de son nouveau mariage, a été nommée tutrice par le conseil de famille. L'art. 397 ne contient en effet aucune distinction (3). Nous devrons décider également que le dernier mourant des père et mère pourrait nommer un tuteur testamentaire, alors même qu'il serait encore mineur (4). Si la mère survivante est

(1) V. sur ce point Duranton, III, n. 437; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 208, note 11; Demolombe, VII, n. 167; Aubry et Rau, I, § 100, texte et note 3.

(2) Duranton, III, n. 436; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 208, note 10; Demante, II, n. 148 bis, III; Demolombe, VII, n. 170.

(3) *Contra* Marcadé, II, n. 188; Laurent, IV, n. 398.

(4) Huc, III, n. 280.

assistée d'un conseil de tutelle, elle n'a pas besoin d'obtenir le consentement de celui-ci, car il ne s'agit pas d'un acte de la tutelle [1]. Enfin le fait que le père survivant a contracté un nouveau mariage ne lui enlève pas le droit de choisir un tuteur à ses enfants du premier lit. Alors même que la mère remariée se trouverait déchue de la tutelle de ses enfants du premier lit, elle aurait, sans aucun doute, le droit de choisir un tuteur à ses enfants du second lit dont elle gèrerait la tutelle après le décès de son deuxième mari.

356. Les formes dans lesquelles doit se faire la nomination du tuteur testamentaire sont indiquées par l'art. 398, qui renvoie sur ce point aux dispositions de l'art. 392.

357. En ce qui concerne les effets de la nomination, nous ne possédons qu'un seul texte, dont on ne voit guère l'utilité, car il ne fait qu'appliquer le droit commun au tuteur testamentaire. C'est l'art. 401, ainsi conçu : « *Le tuteur élu par le » père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il » n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de » cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en char- » ger* ».

Le code ne nous dit pas si la nomination du tuteur testamentaire peut être faite sous une modalité. La plupart des auteurs décident que le tuteur peut être nommé à terme ou sous condition. Ils invoquent la généralité des termes de l'art. 397, qui accorde sans réserve au survivant des père et mère le droit de choisir un tuteur à ses enfants [2]. La conséquence que l'on tire ainsi du silence gardé par le législateur nous paraît contestable. En l'absence d'une disposition précise de la loi, c'est le droit commun qui doit recevoir son application. Or nous avons établi précédemment que les règles qui déterminent les pouvoirs du tuteur sont d'ordre public et ne peuvent être modifiées par la volonté du survivant des deux époux. Le tuteur est nommé pour toute la durée de la tutelle. Voilà le droit commun. Il ne peut être permis au père ou à la mère de nommer un tuteur sous un

(1) Huc, *loc. cit.*

(2) Zachariæ, I, § 198, note 1 ; Toullier, II, n. 1105 ; Duranton, III, n. 439 s. ; Fréminville, *op. cit.*, I, n. 24 ; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 31, 32 ; Huc, III, n. 282 s.

terme ou une condition suspensive, ce qui entraînerait la nomination d'un tuteur provisoire, ni sous un terme ou une condition extinctive, ce qui donnerait à ses fonctions un caractère de précarité incompatible avec les principes généraux de la tutelle [1].

Nous repousserions même les tempéraments que certains auteurs ont cru devoir apporter à la solution que nous avons proposée, solution qu'ils acceptent en principe. Les uns disent que la question devra être résolue suivant les circonstances par les tribunaux, qui devront toujours prendre en considération les intérêts du mineur [2]. D'après les autres, bien que la nomination faite sous une modalité soit nulle en principe, si cependant personne n'a élevé de réclamation et que le conseil de famille, comme le tuteur testamentaire, se soient conformés aux dispositions prises par le dernier mourant des père et mère, la tutelle aura régulièrement fonctionné [3]. L'un et l'autre tempérament nous paraissent inadmissibles. La nomination du tuteur testamentaire n'est valable que lorsqu'elle est faite purement et simplement.

Il ne faut pas exagérer la rigueur de cette solution. Le survivant des père et mère aurait le droit, dans la prévision du cas où le tuteur choisi par lui viendrait à décéder avant l'ouverture de la tutelle, d'en élire un autre pour gérer la tutelle. Il n'est rien dans les principes de la tutelle qui s'oppose à une pareille substitution [4]. Mais le survivant des père et mère ne pourrait pas, après avoir nommé un tuteur testamentaire, en désigner un second pour succéder au premier, au cas où celui-ci viendrait à décéder au cours de ses fonctions.

358. Le survivant des père et mère qui a nommé un tuteur testamentaire peut, jusqu'à son décès, revenir sur cette nomination. Car il s'agit là d'un acte de dernière volonté [5].

[1] Laurent, IV, n. 370.

[2] Aubry et Rau, I, § 89, texte et note 6.

[3] Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Demolombe, VII, n. 230.

[4] Aubry et Rau, I, § 100, note 1 *bis*.

[5] Magnin, *op. cit.*, I, n. 476 ; de Fréminville, I, n. 80 ; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 208, texte et note 15 ; Aubry et Rau, I, § 100, *in fine*.

SECTION V

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS

359. A défaut de père ou de mère et de tuteur élu par le survivant des père et mère, la loi appelle à la tutelle les ascendants de l'une et l'autre ligne. Cette institution nous vient des pays de droit écrit, qui, eux-mêmes, l'avaient empruntée au droit romain. Le code l'a consacrée, en lui donnant la préférence sur la tutelle déférée par le conseil de famille. Il a paru aux rédacteurs du code qu'elle était conforme aux préceptes du droit naturel. Les sentiments d'affection que les grands parents éprouvent naturellement pour leurs descendants leur ont semblé constituer la meilleure garantie d'une bonne gestion de la tutelle. C'est pourquoi ils n'ont pas exigé la confirmation du conseil de famille. Les ascendants sont investis de plein droit de la tutelle; ils tiennent leur titre de la loi elle-même; la tutelle des ascendants est une tutelle légale comme celle du survivant des père et mère.

Le code n'a d'ailleurs admis cette tutelle que sous certaines réserves commandées par le souci des intérêts de l'enfant mineur. La présomption sur laquelle elle est fondée peut en effet se trouver parfois contredite par les faits. A mesure que la parenté s'éloigne, l'affection éprouvée par les parents s'affaiblit et les garanties qui en résultent diminuent. Il se peut aussi que, en fait, le grand âge des ascendants soit de nature à faire naître des craintes sur la sûreté de leur administration. Tenant compte de ces considérations, le législateur a donné moins de force à la tutelle légitime des ascendants qu'à celle du survivant des père et mère. Il a soumis à des règles très restrictives la délation de cette tutelle. Non seulement il a permis au dernier mourant des père et mère de l'écarter par la nomination d'un tuteur testamentaire, mais encore il a décidé que le refus par la mère survivante d'accepter les fonctions de tutrice, l'exclusion ou la destitution prononcée contre le survivant des père et mère ou le tuteur testamentaire, ainsi que l'excuse invoquée par ce dernier ou par le père tuteur légal et admise par le conseil de

famille, donnent lieu, non à la tutelle des ascendants, mais bien à la tutelle dative. En outre, il n'a appelé à la tutelle que les ascendants mâles, à l'exclusion des ascendantes, tandis que la mère a été investie par lui de la tutelle légale. Enfin, comme nous le verrons, il n'a pas admis la dévolution d'un degré à l'autre, dans l'ordre des ascendants [1].

360. Trois conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à la tutelle légale des ascendants :

1° *Que le père et la mère du mineur soient décédés l'un et l'autre.* Arg. art. 402. Cpr. art. 394 et 405. Toutefois, la tutelle des ascendants s'ouvrira provisoirement (*supra*, n. 310 et 351), si l'absence des deux auteurs de l'enfant est déclarée, ou si, l'un d'eux étant décédé, l'autre est en état d'absence déclarée.

2° *Qu'il n'ait pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère* (art. 402, 1re partie).

3° *Que le survivant des père et mère ait conservé jusqu'à sa mort la qualité de tuteur légitime;* car, dans la pensée du législateur, la tutelle des ascendants fait suite à celle du dernier mourant des père et mère. C'est une tutelle légale qui succède à une autre. Arg. art. 402.

Si l'une ou l'autre de ces trois conditions fait défaut, la tutelle des ascendants est définitivement écartée, et il y a lieu à la nomination d'un tuteur datif.

Ainsi la tutelle des ascendants ne s'ouvre pas si l'un des père et mère existe encore. Si la mère survivante a refusé la tutelle (art. 394), si le père a fait agréer une excuse par le conseil de famille, ou si le survivant des deux époux a été

[1] La tutelle légitime des parents, autre que celle des père et mère, n'est également admise que sous des réserves analogues par les législations étrangères qui la consacrent. Les unes reconnaissent simplement aux ascendants le droit de déférer la tutelle aux autorités tutélaires ou au conseil de famille, qui peuvent leur refuser l'investiture dans certains cas déterminés. (Codes civ. allemand, art. 1776; autrichien, art. 198 et 206; de la Louisiane, art. 263. — Cpr. code civ. portugais, art. 201). — D'autres édictent des dispositions analogues à celles du code civil français (V. Codes civils belge, italien). Certaines législations admettent la tutelle des collatéraux : codes civils espagnol, art. 211; mexicain (R. de La Grasserie, *Rev. analyt.*, p. 55), portugais, art. 200; autrichien, art. 198; chilien, art. 361; Hongrie, l. XX de 1877, art. 39. — *Adde :* Code des biens du Monténégro, art. 845.

exclu ou destitué de la tutelle, ce sera à un tuteur datif, non à un ascendant, que les fonctions de tuteur seront déférées.

Il n'y aura même pas lieu à la tutelle légale des ascendants, à la mort du survivant des père et mère, si celui-ci, à ce moment, n'était pas investi de la tutelle. Comprendrait-on, en effet, que la loi ordonnât la nomination d'un tuteur datif, à la place du père ou de la mère qui ne peut ou ne veut gérer la tutelle, pour le faire remplacer plus tard par les ascendants? Il eût été bien plus simple d'appeler de suite ces derniers. Ainsi il n'y aurait pas lieu à la tutelle des ascendants, si, au moment de son décès, la mère n'était investie que d'une tutelle de fait, ayant perdu de droit la tutelle pour s'être remariée sans convoquer le conseil de famille conformément aux prescriptions de l'art. 395 (1).

De même encore, le seul fait d'une nomination de tuteur valablement faite par le dernier mourant suffit pour écarter la tutelle légitime des ascendants. Les ascendants deviennent suspects aux yeux du législateur, par cela seul que le dernier mourant les a écartés de la tutelle. La loi confère à celui-ci le pouvoir de détruire la vocation des ascendants. Mais pour que sa volonté puisse produire cet effet, il est nécessaire qu'elle se manifeste par la nomination d'un tuteur testamentaire. Il suffit d'ailleurs qu'elle soit exprimée sous cette forme. La loi n'exige pas que le tuteur élu par le père ou la mère ait effectivement géré la tutelle, car c'est là une chose indépendante de la volonté de l'auteur survivant. Ainsi il y a lieu à la tutelle dative, et non à la tutelle légale des ascendants, lorsque le tuteur testamentaire est exclu, destitué ou excusé (art. 402 et 405) (2), ou lorsqu'il est incapable d'être chargé de la tutelle. *A fortiori,* la même solution doit être donnée, au cas où il vient à décéder dans l'exercice de ses fonctions (3).

(1) Sur ces divers points, v. Toullier, II, n. 1107; Duranton, III, n. 446; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 209, p. 413; Demante, II, n. 150 *bis*-I; Demolombe, VII, n. 178; Laurent, IV, n. 401 s.; Aubry et Rau, I, § 101, texte et note 1; Beudant, II, n. 790; Planiol, I, n. 1808. — Toulouse, 18 mai 1832, S., 32. 2. 470. — Paris, 24 juil. 1835, S., 35. 2. 406. — Paris, 24 juin 1856, D., 57. 2. 10, S., 56. 2. 527. — Rennes, 21 juil. 1890, S., 91. 2. 20, D., 91. 2. 162.

(2) Rouen, 18 déc. 1839, S., 40. 2. 178.

(3) V. cependant Duranton, III, n. 441.

S'il meurt avant le père ou la mère qui l'a choisi et que celui-ci décède ensuite sans en nommer un autre, la tutelle légale des ascendants sera encore écartée. Le dernier mourant des père et mère a *choisi* un tuteur; il a donc exprimé sa volonté d'exclure cette tutelle. La question cependant est controversée [1].

361. A quels ascendants la tutelle est-elle déférée? Ce point est réglé par les art. 402, 403 et 404, ainsi conçus :

Art. 402. « *Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré* ».

Art. 403. « *Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur* ».

Art. 404. « *Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un des deux ascendants* » [2].

Comme on le voit, les ascendantes autres que la mère ne sont jamais tutrices de plein droit en vertu des dispositions de la loi. Elles devaient l'être d'après le projet; mais il fut modifié sur ce point. Berlier va nous en dire la raison : il eût été dangereux d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes, en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de

[1] En notre sens : Demante, II, n. 150 *bis*, II; Demolombe, VII, n. 180; Huc, III, n. 285; Beudant, II, n. 790. — *Contra* Duranton, *loc. cit.*; Marcadé, II, n. 192; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 200, note 1; Aubry et Rau, I, § 101, note 2 *in fine*.

[2] Cpr. code civil italien, art. 244; espagnol, art. 211; allemand, art. 1776; autrichien, art. 1[illegible]; portugais, art. 200; chilien, art. 367; Louisiane, art. 263.

porter le lourd fardeau de la tutelle [1]. Donc si les ascendantes ne sont jamais tutrices de plein droit, elles peuvent être nommées tutrices. C'est en effet ce qui résulte de l'art. 442-3°.

Pour la délation de la tutelle, la loi établit un ordre de préférence entre les ascendants, en tenant compte du degré, d'abord, et de la ligne ensuite.

Entre deux ascendants inégaux en degré, la loi préfère le plus proche. Ainsi l'aïeul maternel sera tuteur par préférence au bisaïeul paternel.

Si le concours a lieu entre deux ascendants au même degré, il faut établir une distinction :

a. Sont-ce deux aïeuls? La tutelle appartiendra à l'aïeul paternel.

b. Si ce sont deux bisaïeuls, alors il faut sous-distinguer. S'ils appartiennent à des lignes différentes, l'ascendant paternel sera préféré à l'ascendant maternel. Appartiennent-ils tous les deux à la ligne paternelle? La tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur, c'est-à-dire à celui dont le mineur porte le nom. Il fallait bien choisir. La loi a considéré sans doute que la communauté de nom fortifie le lien qui existe entre le mineur et son bisaïeul : elle espère que ce bisaïeul aura plus de sollicitude pour l'enfant auquel il a transmis son nom en même temps que son sang. — Si les deux bisaïeuls appartiennent l'un et l'autre à la ligne maternelle, alors le mineur ne porte le nom d'aucun d'eux, et la loi laisse au conseil de famille le soin de décider lequel des deux sera tuteur.

362. Y a-t-il lieu à dévolution de la tutelle d'un ascendant à un autre ? La question peut se poser à un double moment : 1° lors de l'ouverture de la tutelle ; 2° après l'ouverture de la tutelle et pendant la durée de celle-ci.

I. Supposons que la tutelle vienne de s'ouvrir. L'ascendant appelé au premier rang est frappé d'incapacité ; ou bien il est exclu de la tutelle ou présente une excuse jugée valable par le conseil de famille. Il y a lieu alors à la tutelle dative

[1] Locré, VII, p. 176.

et la tutelle ne passe pas de droit à l'ascendant du second rang. C'était la règle suivie en droit romain pour la tutelle légitime des agnats. Elle est consacrée par l'art. 405, qui ne prévoit, il est vrai, que les cas d'excuse ou d'exclusion, mais dont la disposition doit certainement être étendue au cas d'incapacité [1].

II. La question devient un peu plus délicate, si nous supposons que l'ascendant investi de la tutelle cesse pour une cause quelconque d'en remplir les fonctions. L'ambiguité des termes des art. 402 et 403 laisse en effet place aux controverses. A *défaut* de l'ascendant appelé en première ligne, nous disent-ils, la tutelle passe à celui que la loi place au rang subséquent. Ces expressions paraissent générales, et il semble qu'elles visent tous les cas dans lesquels l'ascendant fait défaut, sauf l'exception édictée par l'art. 405. Or ce dernier texte prévoit seulement l'hypothèse où l'ascendant est écarté de la tutelle avant d'avoir commencé à gérer. Aussi certains auteurs sont-ils amenés à décider que si, par suite de décès, de destitution, ou parce qu'il a fait valoir une excuse *a suscepta tutela*, l'ascendant tuteur légal vient à cesser ses fonctions, il y a lieu à dévolution de la tutelle à un autre ascendant [2]. D'autres admettent la dévolution de la tutelle lorsque le tuteur en exercice décède, mais non lorsqu'il est destitué ou se fait excuser. A l'appui de cette solution, ils invoquent l'esprit général de la loi. Il semble résulter, disent-ils, des art. 394 et 405 que l'événement qui donne lieu à la succession des tutelles légales, c'est le décès; tandis qu'au contraire l'excuse ou la destitution du tuteur en fonctions rompt la succession des tutelles et a pour conséquence l'organisation de la tutelle dative [3]. Il vaut mieux décider qu'il n'y a jamais dévolution d'un degré à un autre. Admettre une autre solution, ce serait prêter au législateur un système peu logique et établir une différence difficilement explicable entre le cas où l'ascendant appelé en première ligne ne peut

[1] Cpr. cependant Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 602.

[2] Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.*

[3] Marcadé, II, n. 192; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 209, note 2; Demante, II, n. 130 *bis*, V; Demolombe, VII, n. 187; Beudant, II, n. 793; Surville, I, n. 414.

ou ne veut être chargé de la tutelle à laquelle il est appelé et celui où il cesse de remplir les fonctions de tuteur, après avoir commencé à gérer. L'une et l'autre hypothèses doivent, nous semble-t-il, être soumises à des règles identiques. Les mots *à défaut de* des art. 402 et 403 doivent être entendus uniquement du cas où l'ascendant qui serait préférable par sa ligne et son degré est décédé avant l'événement qui donne ouverture à la tutelle légale des ascendants [1].

SECTION VI

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

363. Dans le langage de la doctrine, on désigne souvent la tutelle déférée par le conseil de famille sous le nom de tutelle *dative*.

364. I. *Dans quels cas il y a lieu à la tutelle dative.* — « *Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père,* » *ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, ni ascendants* » *mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités* » *ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions* » *dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera* » *pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un* » *tuteur* » (art. 405).

Ainsi il y a lieu à la tutelle déférée par le conseil de famille lorsqu'il n'existe pas de tuteur légitime ni de tuteur testamentaire, ou lorsque celui qui existe ne peut, pour une cause quelconque, commencer ou continuer la gestion de la tutelle.

C'est ce qui arrive dans les cas suivants :

1° Lorsque le survivant des père et mère est décédé sans avoir élu un tuteur, et qu'il n'existe pas d'ascendants *mâles* du mineur.

2° Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale, se trouve incapable, exclu ou excusé (art. 405), ou bien encore lorsque la mère survivante refuse la tutelle

[1] Duranton, III, n. 447; Laurent, IV, n. 405; Huc, III, n. 286; Vigié, I, n. 733; Aubry et Rau, I, § 101, texte et note 3. — Cpr. Planiol, I, n. 1811.

art. 394) : plus simplement, lorsque le tuteur légitime ou testamentaire ne peut ou ne veut, pour une cause quelconque, gérer la tutelle qui lui est déférée.

3° Lorsque les fonctions tutélaires cessent dans la personne du survivant des père et mère par toute autre cause que son décès ; comme aussi lorsque le tuteur testamentaire, l'ascendant le plus proche ou le tuteur datif antérieurement désigné vient, après avoir géré la tutelle, à la perdre pour quelque motif que ce soit (arg. art. 405) : plus simplement lorsque le tuteur légitime, testamentaire ou datif cesse, par une cause quelconque, d'être tuteur avant que la tutelle ait pris fin quant au mineur.

4° Lorsque, à la suite de la déchéance de la puissance paternelle encourue, pendant le mariage, par les deux époux ou par le père seul, le tribunal décide que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun (Loi du 24 juillet 1889, art. 1, 2 et 10). Il n'y a pas en effet, dans ce cas, de tutelle légale (*supra*, n. 277).

365. II. *Par qui est nommé le tuteur.* — Le droit de nommer le tuteur n'appartient qu'au conseil de famille (1). Il n'appartient pas au tribunal (2), même dans le cas où il a annulé la délibération du conseil de famille, portant nomination d'un tuteur. Dans cette hypothèse, le conseil de famille doit être de nouveau réuni pour procéder à une nouvelle élection (3).

La délibération du conseil de famille n'est pas soumise à l'homologation (4), et n'a pas besoin d'être motivée. Nous

(1) Il en est ainsi dans toutes les législations où la tutelle est organisée sur le type de la tutelle de la famille. Dans les autres, la nomination du tuteur datif appartient à l'autorité investie de la haute tutelle. Dans un certain nombre de ces dernières, l'autorité tutélaire doit, au préalable, consulter les parents (code civil néerlandais, art. 414 à 416), ou prendre l'avis de certains organes spéciaux (V. notamment code civil allemand, art. 1779).

(2) En ce qui concerne la nomination des tuteurs *ad hoc* que la loi prescrit dans certains cas spéciaux, la question de savoir à qui, du tribunal ou du conseil de famille, appartient le pouvoir d'y procéder, est controversée. Elle a été examinée au sujet des divers cas où il y a lieu à une pareille nomination.

(3) Zachariæ, I, § 210, note 2 ; Laurent, IV, n. 407 ; Aubry et Rau, I, § 102, p. 526.

(4) Demolombe, VII, n. 121 ; Huc, III, n. 287 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* — Montpellier, 9 juil. 1869, S., 70. 2. 148, D., 70. 2. 180. — Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273.

examinerons plus tard si la délibération du conseil de famille est ou non susceptible d'un recours sur le fond (*infra*, n. 426).

366. III. *Qui doit ou peut requérir la nomination du tuteur.* — Le juge de paix peut, à cet effet, convoquer d'office le conseil de famille (art. 406 et 446). Certaines personnes sont tenues, sous leur responsabilité personnelle, de requérir la convocation du conseil de famille, dans le but de procéder à la nomination du tuteur (V. les art. 394 et 424). D'autres ont la faculté de requérir cette convocation, mais elles n'y sont pas obligées. Ce sont les personnes énumérées par l'art. 406. Le même texte permet en outre à toute personne, même intéressée, de dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur.

SECTION VII

DE L'UNITÉ DE TUTEUR

§ I. *Le principe.*

367. L'intérêt du mineur, en vue duquel la tutelle est organisée, exige que la gestion de la tutelle soit, en principe, confiée à une seule personne. Si en effet le mineur avait plusieurs tuteurs, il pourrait se produire entre ceux-ci des divergences de vues nuisibles à la bonne administration de la tutelle, et entraînant des complications, des lenteurs et des frais [1]. Le code civil n'édicte pas formellement le principe de l'unité de tuteur. Il est certain cependant que la tutelle légitime ne peut jamais appartenir qu'à une seule personne. La loi appelle en effet à cette tutelle, soit le survivant des père et mère, soit l'ascendant le plus proche. Lorsque plusieurs ascendants sont au même degré, elle fait un choix entre eux; il ne peut donc jamais y avoir qu'un seul tuteur

[1] Presque toutes les législations proclament ce principe, en y apportant cependant des exceptions plus ou moins nombreuses (codes civ. allemand, art. 1775; néerlandais, art. 418; portugais, art. 187 et 225; italien, art. 246; du Bas-Canada, art. 264). Certaines législations permettent d'une manière générale de nommer plusieurs tuteurs (codes civ. suédois, tit. *Des successions*, ch. 20, art. 6; autrichien, art. 210).

légal. Mais, s'il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne la tutelle déférée par la loi, des doutes se sont élevés au contraire pour la tutelle testamentaire et la tutelle dative.

On a soutenu que le conseil de famille ou le dernier mourant des père et mère peut confier la tutelle à plusieurs personnes [1]. Une pareille nomination est, a-t-on dit, parfaitement valable. Et si le testateur ou le conseil de famille n'a pas divisé l'administration entre les divers tuteurs qu'il a nommés, ceux-ci devront s'entendre pour la répartition de cette administration, ou, s'ils ne peuvent s'accorder à ce sujet, ils devront faire désigner par le conseil de famille celui d'entre eux qui sera chargé de la gestion. A l'appui de cette opinion, on invoque la tradition historique [2]. On dit aussi que, la loi ayant gardé le silence, on ne saurait, sans arbitraire, restreindre les pouvoirs appartenant au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère en ce qui concerne les nominations de tuteur; et c'est à ceux-ci qu'il appartient d'apprécier si les intérêts du pupille ne seront pas mieux sauvegardés par l'institution de plusieurs tuteurs que par la nomination d'un tuteur unique.

Cette manière de voir nous semble absolument contraire aux vues du législateur. Il résulte nettement des travaux préparatoires, qu'en dehors des exceptions admises par la loi, la tutelle ne doit être gérée que par une seule personne [3]. Si les rédacteurs du code avaient entendu maintenir les anciens errements en cette matière, ils n'auraient pas manqué de régler, comme l'avaient fait le droit romain et notre ancienne jurisprudence, le mode de gestion de la tutelle au cas de la pluralité des tuteurs, et la responsabilité de ceux-ci. Enfin, les textes du code supposent toujours que les fonctions de tuteur sont remplies par une seule personne. Ainsi l'art. 108 dispose que le mineur est domicilié chez son tuteur. Où serait le domicile du pupille s'il avait plusieurs tuteurs ? Les art. 397, 399, 400 et 401 supposent qu'un seul tuteur a

[1] Duranton, III, n. 444; Vigié, I, n. 683; Huc, III, n. 283 et 284; Planiol, I, n. 1821. — Dijon, motifs, 14 mai 1862, S., 62. 2. 449, D., 62. 2. 121.

[2] Meslé, *op. cit.*, 1re part., ch. VI, p. 96 et 97.

[3] Locré, VII, p. 219 et 220.

été choisi par le dernier mourant des père et mère. Aux termes de l'art. 394, la mère qui refuse la tutelle doit faire nommer un tuteur ; la loi ne dit pas un ou plusieurs tuteurs. Des art. 405 et s. se dégage également cette impression que, dans l'intention du législateur, le conseil de famille ne peut pas nommer plusieurs tuteurs. La règle admise par les auteurs du code civil nous paraît donc être celle de l'unité du tuteur ; cette règle comportant d'ailleurs un certain nombre d'exceptions [1].

Notre solution est acceptée par la majorité de la doctrine [2]. Mais il est un assez grand nombre d'auteurs, dont l'avis sur ce point a été consacré par la jurisprudence, qui apportent au principe certains tempéraments non consacrés par les textes et que, pour cette raison, nous jugeons inadmissibles. A notre avis, la règle doit être rigoureusement appliquée, sans autres dérogations que celles édictées par les textes. Ce sont ces dérogations admises par la loi et les correctifs proposés par la jurisprudence et une partie de la doctrine que nous devons maintenant étudier.

§ II. *Exceptions au principe.*

368. La loi a apporté deux exceptions au principe de l'unité de tuteur. L'une résulte de l'art. 396, que nous avons précédemment commenté. Lorsque la mère remariée est maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit, son second mari lui est nécessairement donné comme cotuteur.

369. La deuxième exception est consacrée par l'art. 417 ainsi conçu : « *Quand le mineur, domicilié en France, possè-* » *dera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'admi-* » *nistration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur.* » — *En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants,*

(1) Rien ne nous paraît d'ailleurs s'opposer à ce que le tribunal désigne, dans l'intérêt des copartageants, un mandataire spécial chargé de liquider une masse de biens appartenant par indivis au mineur et à d'autres personnes. Une pareille nomination ne fait pas échec, croyons-nous, au principe de l'unité de la tutelle. Cass., 2 août 1904, D., 05. 1. 355.

(2) Toullier, II, n. 1123 ; de Fréminville, I, n. 22 ; Demolombe, VII, n. 229 s. ; Laurent, IV, n. 369 ; Aubry et Rau, I, § 89, texte et note 7.

et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective ».

La disposition de l'art. 417 a été empruntée à notre ancien droit. Elle a son origine dans les déclarations du 15 décembre 1721 et du 1er février 1743 qui, d'ailleurs, étaient plus complètes et plus compréhensives que l'art. 417.

370. La protutelle constituant une exception au principe de l'unité de l'administration tutélaire, la disposition législative qui l'organise doit, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, être interprétée restrictivement. Or, l'art. 417 exige, pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un protuteur, que le mineur domicilié en France ait des biens situés *dans les colonies*, ou réciproquement. Donc, dans tout autre cas, le principe reprendra son empire, quelle que soit la distance qui sépare le lieu du domicile du pupille de celui où ses biens sont situés. Il n'y aurait donc pas lieu à la nomination d'un protuteur dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le mineur, domicilié en France, a des biens situés en pays étranger. Quelques auteurs ont cependant proposé d'appliquer, dans ce cas, la disposition de l'art. 417. Ils conviennent toutefois que la nomination du protuteur n'est pas alors obligatoire, mais que le conseil de famille est simplement autorisé à la faire, soit d'office, soit sur la réclamation du tuteur. Ces auteurs invoquent l'analogie évidente qui existe entre cette hypothèse et celle qui est visée expressément par l'art. 417, et ils expliquent le silence gardé par la loi en disant que cette circonstance, étant de nature à se produire assez rarement, a pu échapper à l'attention du législateur [1]. Cette solution, tout rationnelle qu'elle paraisse, est cependant difficilement admissible. Il est plus sûr de s'en tenir strictement au texte de la loi. D'ailleurs, il n'y a pas de grands inconvénients pratiques à écarter ici l'application de l'art. 417. Pour les biens situés à l'étranger, un administrateur spécial pourra être nommé conformément à l'art. 454. Il gérera sous la responsabilité du tuteur [2].

[1] Taulier, I, p. 31; Demolombe, VII, n. 218.

[2] Laurent, IV, n. 411; Huc, III, n. 325; Aubry et Rau, I, § 88, note 2.

2° Il ne suffit pas non plus que le mineur, domicilié en France, ait des biens situés dans une colonie étrangère. L'art. 417 parle de biens situés *dans les colonies*, ce qui doit s'entendre des colonies françaises.

3° A plus forte raison, il n'y a pas lieu à la nomination d'un protuteur, quand le mineur, domicilié sur le territoire continental de la France, a des biens dans une portion du territoire français séparée par la mer du continent (par exemple en Corse), ou réciproquement. Cela n'est pas douteux, étant donné la modification que l'on a fait subir à la rédaction primitive. L'expression « biens d'*outre-mer* » qui figurait dans le projet, a été supprimée à dessein sur les observations du Tribunat (1).

371. Par qui le protuteur sera-t-il nommé ? Le projet primitif contenait un article ainsi conçu : « Le tuteur pourra » requérir les parents ou amis du lieu où sont situés les biens » d'outre-mer de nommer un protuteur » (2). Cet article disparut lors de la rédaction définitive. Dans le silence de la loi, il faut donc recourir aux principes généraux. Or le protuteur est un véritable tuteur. On doit donc admettre qu'il peut être nommé par ceux qui ont qualité pour nommer le tuteur, c'est-à-dire par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille. La loi ne désigne en aucun cas le protuteur de plein droit : il n'y a donc pas de protuteur légal.

Où devra être réuni le conseil de famille chargé de procéder à la nomination du protuteur datif? D'après les déclarations de 1721 et de 1743, celui-ci était nommé par les autorités compétentes du lieu où étaient situés les biens d'outre-mer. Le projet primitif, comme nous l'avons vu, conférait cette mission aux parents ou amis du même lieu. Le texte définitif est absolument muet sur ce point. Du silence de la loi, on a tiré cette conclusion que les rédacteurs du code civil ont entendu conserver les errements de l'ancien droit (3). Certains auteurs enseignent que la question doit être résolue diversement suivant les circonstances. La loi, disent-ils, n'a

(1) Locré, VII, p. 220; Demolombe, VII, n. 217; Huc, *loc. cit.*
(2) Locré, VII, p. 134.
(3) Toullier, II, n. 1123.

pas voulu poser une règle immuable dont l'application pourrait être gênée par des difficultés de fait. Le protuteur sera nommé par le conseil de famille du lieu où les biens sont situés, s'il est possible d'en constituer un qui présente des garanties sérieuses; sinon par le conseil de famille réuni au lieu où le mineur a son domicile [1]. Il est, à notre avis, plus sûr de décider que la nomination du protuteur sera faite, dans tous les cas, par le conseil de famille du domicile du mineur. C'est le droit commun en ce qui concerne la nomination du tuteur datif [2].

372. Dans l'ancien droit, la nomination d'un protuteur était obligatoire dans les cas prévus par les déclarations royales de 1721 et de 1743. Cependant elle n'était que facultative lorsque la tutelle était gérée par le père ou par la mère. L'art. 417 paraît bien avoir conservé la règle admise autrefois, mais en supprimant l'exception qui y était apportée. Il se sert en effet d'une formule impérative : « l'administration... *sera* donnée à un protuteur ». La volonté du législateur est d'autant moins douteuse que le mot *sera* a été substitué aux mots *pourra être* qui figuraient dans la rédaction primitive de l'article. La loi a pensé que le tuteur ne pourrait pas gérer en même temps les biens situés en France et les biens des colonies. C'est dans l'intérêt du mineur et non pas dans celui du tuteur qu'elle prescrit la nomination d'un protuteur. Aussi ne doit-il pas dépendre du tuteur que celui-ci soit ou ne soit pas nommé [3].

L'art. 417 est placé dans la section IV consacrée à la tutelle dative. Il est certain qu'il y a lieu à la protutelle, lorsque le tuteur est nommé par le conseil de famille. Nous devrons également appliquer la disposition de notre texte au cas où le tuteur est un tuteur testamentaire ou même un tuteur légal [4]. Le protuteur devra être nommé, même si la tutelle

(1) Delvincourt, I, p. 115, note 4; Valette sur Proudhon, II, p. 319.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 616; de Fréminville, I, n. 173; Magnin, I, n. 494; Marcadé, II, n. 210.

(3) Marcadé, *loc. cit.*; Laurent, IV, n. 409; Huc, III, n. 325; Aubry et Rau, I, § 88, note 2. — Cpr. Demolombe, VII, n. 199 s.

(4) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 617; Laurent, IV, n. 410. — *Contra* Marcadé, *loc. cit.*

est gérée par le père ou par la mère. Le code s'écarte, sur ce point, de la tradition de l'ancien droit. Si cependant le survivant des père et mère avait l'usufruit légal des biens de son enfant mineur, on ne pourrait lui imposer un protuteur. Car celui-ci devant administrer d'une manière indépendante, cela serait inconciliable avec le droit personnel de jouissance appartenant au père ou à la mère.

373. Le protuteur est donc un tuteur aux biens des colonies, quand le mineur auquel ces biens appartiennent est domicilié en France, et réciproquement aux biens de France, quand le mineur propriétaire de ces biens est domicilié dans les colonies. De ce que le protuteur est un véritable tuteur, nous tirerons les conséquences suivantes :

1° Il est nécessaire de lui donner un subrogé tuteur (arg. art. 420) (1). Il faudra choisir, pour remplir ces fonctions, une personne résidant sur les lieux mêmes où se trouvent les biens dont le protuteur a la gestion, car s'il en était autrement, comment le subrogé tuteur pourrait-il accomplir sa mission de surveillance ? Le mineur aura donc deux subrogés tuteurs, de même qu'il y a deux tuteurs. Il y aura en réalité deux tutelles distinctes, chacune ayant son organisation propre. Cette idée ne doit pas cependant être exagérée. Le dédoublement de la tutelle ne doit être admis que dans la mesure où cela est nécessaire. Or, s'il est utile de nommer un protuteur, et à côté de lui un subrogé tuteur, il y aurait, au contraire, des inconvénients à instituer deux conseils de famille distincts et indépendants pour assister l'un le tuteur et l'autre le protuteur. Cela pourrait nuire à l'unité de la gestion. La loi décide d'ailleurs que le conseil de famille doit être réuni au domicile du mineur, c'est-à-dire, comme nous le verrons, au lieu d'ouverture de la tutelle (2).

2° Les biens du protuteur sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

3° Il peut invoquer les mêmes causes d'excuse que le tuteur.

(1) Marcadé, II, n. 211 ; Demolombe, VII, n. 212 et 356 ; Laurent, IV, n. 412 ; Huc, III, n. 326 ; Aubry et Rau, I, § 103, texte et note 4. — *Contra* Magnin, I, n. 494.

(2) Laurent, *loc. cit.* ; Huc, *loc. cit.*

Et l'on ne peut nommer aux fonctions de protuteur un individu qui serait incapable d'être chargé de la tutelle ou qui se trouverait dans un des cas d'exclusion déterminés par la loi.

4° Le protuteur est soumis aux incapacités dont sont frappés les tuteurs, notamment à celle qu'édicte l'art. 907 (1).

Le protuteur n'est pas un *substitut* du tuteur. Sa gestion est indépendante de celle du tuteur, et celui-ci n'en est pas responsable. De même, en sens inverse, le protuteur ne répond pas de la gestion du tuteur. Chacun d'eux a donc une administration séparée. Si nous supposons que le mineur a son domicile en France et qu'il possède des biens dans les colonies, voici comment se répartissent entre eux les fonctions de la tutelle. Le tuteur gouverne, s'il y a lieu, la personne du pupille. En ce qui concerne les intérêts pécuniaires de celui-ci, le protuteur s'occupe exclusivement de la gestion des biens situés aux colonies; il est en effet chargé d'une mission limitée et spéciale. Le tuteur, au contraire, a des pouvoirs généraux; il s'occupe de tout ce qui n'est pas attribué au protuteur. Dès lors, non seulement il gère les biens dont le siège est en France, mais encore c'est à lui qu'il appartient de prendre les mesures susceptibles d'exercer une influence sur l'ensemble des intérêts du mineur; comme, par exemple, s'il s'agit d'accepter ou de répudier une succession échue au mineur, quel que soit le lieu où cette succession s'est ouverte. Quant aux meubles incorporels, qui n'ont pas d'assiette fixe, il faut, croyons-nous, admettre la distinction suivante, qui est conforme aux précédents historiques. S'agit-il de recouvrer une créance contre une personne domiciliée aux colonies ou d'exercer un droit quelconque sur les biens qui y sont situés, c'est le protuteur qui a compétence à cet effet. Dans tout autre cas, c'est le tuteur seul qui a le pouvoir d'agir (2).

Le lien entre l'administration du tuteur et celle du protuteur est constitué par le conseil de famille réuni au lieu où

(1) Demolombe, VII, n. 211. — Cass., 27 nov. 1848. S., 49. 1. 12.
(2) Cpr. Demolombe, VII, n. 209.

la tutelle s'est ouverte (domicile de la tutelle, *infra*, n. 395 s.). C'est lui qui fournira les autorisations nécessaires.

374. Les dérogations que les art. 396 et 417 apportent au principe de l'unité de la gestion tutélaire ne présentent pas le même caractère. L'art. 396 donne au mineur deux tuteurs qui gèrent ensemble la tutelle, concourent aux mêmes actes et sont responsables solidairement. Les deux tutelles établies par l'art. 417 sont au contraire distinctes. Le tuteur et le protuteur gèrent séparément, sans être responsables l'un de l'autre.

§ III. *Tempéraments admis par la doctrine et la jurisprudence.*

375. A notre avis, il n'y a pas lieu d'apporter au principe de l'unité de l'administration tutélaire d'autres exceptions que celles des art. 396 et 417. Nous repoussons par conséquent les correctifs admis par la jurisprudence et une partie de la doctrine.

376. I. Si le dernier mourant des père et mère ou le conseil de famille, a-t-on dit [1], a nommé plusieurs tuteurs, cette nomination est sans doute irrégulière et peut être attaquée par les personnes ayant qualité à cet effet. Mais les tiers ne peuvent pas la critiquer, si d'ailleurs cette organisation de la tutelle ne leur cause aucun préjudice et leur offre toutes les garanties désirables. La tutelle ainsi organisée irrégulièrement pourrait donc fonctionner en fait. Les tuteurs se répartiraient entre eux l'administration, ou feraient faire cette répartition par le conseil de famille. Cela nous paraît difficilement admissible. Les règles de la tutelle sont d'ordre public et ne dépendent pas de la volonté du conseil de famille ou du survivant des père et mère. Les tiers peuvent refuser de traiter avec des tuteurs ainsi irrégulièrement nommés; car les actes passés par eux ne sont valables que s'ils ont traité avec une personne ayant qualité pour représenter le mineur [2].

[1] Demolombe, VII, n. 223; Aubry et Rau, I, § 89, note 6.
[2] Laurent, IV, n. 369.

377. II. Nous déciderons également, pour les mêmes motifs, que le dernier mourant des père et mère ou le conseil de famille n'a pas le droit de nommer deux tuteurs, en confiant à l'un le soin de la personne du mineur, et en chargeant l'autre d'administrer le patrimoine de celui-ci [1]. La majorité des auteurs [2] et la jurisprudence [3] considèrent, au contraire, ces nominations comme valables. Sans doute elles sont faites dans des conditions anormales; les art. 450 et 468 donnent au tuteur le soin de la personne et des biens du mineur, et c'est porter atteinte aux pouvoirs du tuteur que de restreindre ainsi sa mission à la garde de la personne ou à l'administration du patrimoine. Mais, dit-on, si les règles de la tutelle sont d'ordre public, elles n'ont ce caractère que dans l'intérêt du mineur. Il est permis de s'en écarter, lorsque cela est utile à celui-ci. Or il se peut qu'en fait la division des fonctions de la tutelle opérée par le père ou la mère survivant ou par le conseil de famille soit avantageuse au pupille. Grâce à ce dédoublement de la tutelle, l'éducation de l'enfant sera mieux surveillée et ses biens mieux gérés [4]. Cette solution est acceptée même par des auteurs qui cependant admettent, comme nous, qu'en règle générale il n'appartient ni au dernier mourant des père et mère, ni au conseil de famille, ni au tribunal, de modifier les pouvoirs du tuteur, fût-ce pour le plus grand avantage de la personne en tutelle.

[1] Toullier, II, n. 1123; de Fréminville, I, n. 22.

[2] Magnin, I, n. 466; Demolombe, VII, n. 224 et 225; Zachariæ, I, § 198, texte et note 3; Huc, III, n. 283; Aubry et Rau, I, § 89, p. 591.

[3] Rouen, 8 mai 1849, S., 49. 2. 313. — Dijon, 14 mai 1862, S., 62. 2. 449, D., 62. 2. 121. — Cass., 14 déc. 1863, S., 64. 1. 21, D., 64. 1. 63. — Rouen, 4 janv. 1883, S., 84. 2. 175, D., 83. 2. 155.

[4] Si l'on admet qu'il y a là un dédoublement de la tutelle, il faut, semble-t-il, décider que le tuteur chargé de la personne du pupille doit avoir la capacité requise pour gérer la tutelle. Paris (motifs), 15 avril 1904, D., 06. 2. 323. Le même arrêt décide que si, au début de la tutelle, un seul tuteur a été nommé, celui-ci ne peut se voir enlever la garde de l'enfant, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas où la loi permet au conseil de famille de prononcer sa destitution. Le conseil de famille pourrait-il, sans dédoubler la tutelle, prendre des mesures spéciales à la garde de l'enfant? Nous examinerons plus loin la question en parlant des attributions du tuteur. Si l'on admet l'affirmative, on ne voit pas pourquoi le soin de la personne du mineur ne pourrait pas être confié à une personne incapable de gérer la tutelle, et notamment à une femme.

Pour justifier cette contradiction, ils disent que la division des fonctions, telle que nous la supposons opérée, n'a pas les inconvénients qui résulteraient de la nomination de plusieurs tuteurs chargés, en même temps et concurremment, de la personne et des biens du mineur, et que par conséquent elle ne se heurte pas aux mêmes objections.

La solution que nous avons exposée est appliquée sans difficulté par ses partisans au cas où les deux tuteurs acceptent de remplir leurs fonctions, avec les restrictions qui y ont été apportées. On va même jusqu'à en faire l'application au cas où le tuteur désigné pour la gestion des intérêts pécuniaires réclame contre la nomination d'un tuteur chargé de veiller à la personne du mineur, et l'on décide que le conseil de famille et le tribunal peuvent écarter sa réclamation, au moins lorsque le choix d'un gardien spécial de la personne n'a rien d'offensant, ni d'injurieux pour lui [1].

SECTION VIII

DU SUBROGÉ TUTEUR

378. C'est à notre ancien droit coutumier qu'a été empruntée l'institution du subrogé tuteur, auquel appartient, avec le conseil de famille, le contrôle de la tutelle. « *Dans toute* » *tutelle,* dit l'art. 420, *il y aura un subrogé tuteur, nommé* » *par le conseil de famille. — Ses fonctions consisteront à* » *agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en oppo-* » *sition avec ceux du tuteur* » [2].

= *Dans toute tutelle.* Donc non seulement dans la tutelle ordinaire, mais aussi dans la protutelle (art. 417) et dans la tutelle officieuse. Mais il n'y a pas lieu, suivant l'opinion

[1] Cpr. Paris, 15 avril 1904, *supra.*

[2] Parmi les législations étrangères, les unes, sous des noms divers, consacrent l'institution de la subrogée tutelle telle qu'elle est organisée par notre code (Code du Bas-Canada, art. 267; espagnol, art. 206 et 233; portugais, art. 205 s.; italien, art. 264 s.); d'autres en font une institution purement facultative, du moins en principe (V. notamment Code civ. allemand, art. 1792); d'autres enfin se bornent à prescrire la nomination d'un représentant spécial au mineur, lorsque les intérêts de celui-ci sont en contradiction avec ceux de son tuteur (V. Lardy, *op. cit. passim*).

générale, à la nomination d'un subrogé tuteur dans la tutelle *ad hoc*, qui n'est pas une véritable tutelle.

379. Le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 420). Le dernier mourant des père et mère peut bien nommer un tuteur, mais non le subrogé tuteur qui doit surveiller le tuteur. La loi elle-même ne désigne jamais de sa propre autorité le subrogé tuteur. L'art. 393 ne fait exception qu'en apparence à cette règle. Car le curateur au ventre, qui, à la naissance de l'enfant, devient de plein droit subrogé tuteur, est nommé par le conseil de famille.

En ce qui concerne les conditions de la nomination du subrogé tuteur, la loi distingue suivant que la tutelle est gérée par un tuteur légal ou testamentaire ou qu'il y a lieu à l'élection d'un tuteur datif.

S'agit-il d'une tutelle légitime ou testamentaire, l'art. 421 dispose, dans son al. 1 :

« *Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section IV* ». — Le tuteur est donc tenu de faire convoquer le conseil de famille dans le plus bref délai pour procéder à la nomination du subrogé tuteur. La loi se montre sévère pour le tuteur qui ne satisferait pas à cette obligation : « *S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur* » (art. 421 al. 2). Toute personne intéressée a, comme on le voit, le droit de requérir la nomination du subrogé tuteur. Si un tiers est poursuivi par le tuteur avant cette nomination, pourra-t-il lui opposer une fin de non recevoir tirée de ce qu'il n'existe pas de subrogé tuteur? Ou bien encore, si un tiers a traité avec le tuteur, alors que le conseil de famille n'a pas encore choisi un subrogé tuteur, l'acte est-il frappé de nullité? Pour résoudre

cette question, il convient de faire la distinction suivante :

S'agit-il d'un acte pour lequel la loi exige la présence du subrogé tuteur, le tiers peut se refuser à lier un débat judiciaire ou à traiter avec le tuteur, tant que le mineur n'aura pas été pourvu d'un subrogé tuteur. Et il est incontestable que s'il a passé outre, le mineur pourra se considérer comme n'ayant pas été valablement représenté par son tuteur [1]. Au contraire, si l'assistance du subrogé tuteur n'est pas requise par la loi, le tuteur peut valablement agir contre le tiers, sans que celui-ci puisse lui opposer le défaut de nomination de subrogé tuteur [2]; et de même le tiers peut traiter avec le tuteur, sans qu'il ait à redouter que l'acte soit annulé sur la demande du mineur.

Lorsque la tutelle est déférée par le conseil de famille, celui-ci procèdera à la nomination du subrogé tuteur, aussitôt après avoir nommé le tuteur; le tout se fera en une même séance. « *Dans les autres tutelles,* dit l'art. 422, *la nomina-* » *tion du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle* » *du tuteur* ».

Et toutefois, si le tuteur a été choisi parmi les membres du conseil de famille, il sera souvent impossible de satisfaire à la prescription de l'art. 422, à cause de la disposition de l'art. 423 (*infra,* n. 380) qui ne permet pas au tuteur de voter pour la nomination du subrogé tuteur. En effet, le tuteur écarté, l'assemblée ne sera peut-être plus en nombre suffisant pour délibérer. Il faudra alors convoquer une nouvelle assemblée.

380. Le subrogé tuteur étant chargé de contrôler l'administration tutélaire, la loi ne veut pas qu'il puisse être l'homme du choix du tuteur. Aussi l'art. 423 1re partie dispose-t-il : « *En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du* » *subrogé tuteur* ».

381. D'un autre côté, le subrogé tuteur étant chargé de représenter le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), il importe qu'il n'y

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 211, note 8; Laurent, IV, n. 423; Aubry et Rau, I, § 103, p. 652. — Cpr. Grenoble (motifs), 4 juin 1836, S., 37. 2. 140.

[2] Demolombe, VII, n. 364; Zachariæ, I, § 211, texte et note 8; Laurent, IV, n. 423; Vigié, I, n. 687; Aubry et Rau, *loc. cit.*

ait pas communauté d'intérêts entre le tuteur et le subrogé tuteur; autrement, quand les intérêts du mineur seraient opposés à ceux du tuteur, ils le seraient également à ceux du subrogé tuteur, et le mineur ne pourrait trouver un représentant impartial, ni dans son tuteur, ni dans son subrogé tuteur. Pour cela, il faut que le tuteur et le subrogé tuteur ne soient pas parents du mineur dans la même ligne; car les parents d'une même ligne ont ordinairement des intérêts communs. Aussi l'art. 423 dispose-t-il dans sa deuxième partie que le subrogé tuteur « *sera pris, hors le cas de frères* « *germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur* « *n'appartiendra point* ». Ainsi, au cas où le tuteur est un parent paternel du mineur, le conseil de famille ne pourra pas nommer subrogé tuteur un autre parent paternel.

Toutefois le législateur exprime mal sa pensée, en disant que le subrogé tuteur sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas. D'abord il est impossible de satisfaire à cette exigence lorsqu'il n'existe pas, dans la ligne à laquelle n'appartient point le tuteur, de parent en état de remplir les fonctions de subrogé tuteur. Et d'autre part, en existât-il, le conseil de famille pourrait certainement, pour le plus grand intérêt du mineur, nommer un étranger (1). Il aurait donc fallu se borner à dire que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur. Si cette règle n'avait pas été observée, la nomination du subrogé tuteur serait nulle (2).

La règle toutefois comporte une exception, que la loi formule en ces termes quelque peu obscurs : « hors le cas de frères germains ». Il faut les entendre en ce sens que, lorsque

(1) Duranton, Bonnier et Roustain, I, n. 622; Marcadé, II, n. 216; Valette sur Proudhon, II, p. 391; Demolombe, VII, n. 368; Laurent, IV, n. 424; Aubry et Rau, I, § 105, texte et note 2. — Cpr. Aix, 15 nov. 1843, S., 44. 2. 255.

(2) Laurent, IV, n. 424; Huc, III, n. 331; Aubry et Rau, I, § 105, texte et note 1. — V. cependant Douai, 22 juillet 1856, S., 57. 2. 33. — La pratique étend aux amis du père ou de la mère ce que l'art. 423 dit des parents du côté paternel ou du côté maternel, et si le tuteur est un parent paternel (ou un ami du père), on choisit le subrogé tuteur parmi les amis de la mère (ou les parents de celle-ci). Il est à peine utile de faire remarquer qu'il y a là une simple règle de prudence, et non pas une obligation légale.

le mineur et son tuteur sont frères germains, le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur, soit un autre frère germain, soit un parent de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle du mineur, et que le conseil de famille peut toujours choisir pour subrogé tuteur un frère germain du mineur, quelle que soit la parenté qui existe entre le pupille et le tuteur [1].

On peut justifier cette explication de la manière suivante. Lorsque le tuteur est un frère germain du mineur, l'application de la règle, que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur, conduirait nécessairement à déférer la subrogée tutelle à un étranger, puisque le tuteur appartient aux deux lignes de parenté. Mais comme, d'une part, l'intérêt du mineur exige que l'on confie autant que possible la subrogée tutelle à un parent, dont on peut attendre plus de dévouement que d'un étranger, et comme, d'autre part, la subrogée tutelle est avant tout une charge de famille et qu'à ce titre elle ne doit retomber sur des étrangers qu'à défaut de parents, la loi déroge ici à la règle par ces mots « hors le cas de frères germains », qui signifient : *hors le cas où le mineur et son tuteur sont frères germains.* La règle cessera donc alors de s'appliquer, c'est-à-dire que le conseil de famille aura le droit de choisir le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur appartient. Ainsi il pourra nommer subrogé tuteur, soit un autre frère germain du mineur, soit un autre parent paternel ou maternel. Par identité de motifs, nous déciderons aussi que si la tutelle est confiée à un parent qui n'est pas le frère germain du mineur, on peut nommer un frère germain subrogé tuteur.

On a proposé une autre explication qui nous paraît beaucoup moins satisfaisante. Elle peut se formuler ainsi. Lorsque le mineur et son tuteur sont frères germains, le subrogé tuteur doit nécessairement être un autre frère germain ou un étranger, et réciproquement, si la tutelle est confiée à un parent autre qu'un frère germain, le subrogé tuteur ne peut

[1] Laurent, IV, n. 425; Huc, III, n. 331 ; Vigié, I, n. 688.

pas être un frère germain [1]. C'est, dit-on, la seule solution qui ne soit pas dangereuse pour le mineur et qui réponde aux vœux du législateur. Que l'on écarte la règle d'après laquelle le tuteur et le subrogé tuteur doivent appartenir chacun à une ligne de parenté différente, cela n'a pas d'inconvénients lorsque le tuteur et le subrogé tuteur sont tous deux frères germains du mineur. Dans ce cas, en effet, le subrogé tuteur a sans doute des intérêts communs avec le tuteur, mais il en a aussi avec le mineur; il n'est donc guère à craindre qu'il favorise le premier au détriment du second. C'est à cette hypothèse que la loi a songé dans notre texte. Elle ne dit pas : hors le cas d'*un frère germain*. Elle dit : hors le cas de *frères germains*. Elle suppose donc que le mineur a pour frères germains le tuteur et le subrogé tuteur. En dehors de cette hypothèse, la règle générale doit reprendre son empire. Ce qui revient à dire, que si, le mineur ayant un frère germain pour tuteur, il n'existe pas d'autre frère germain auquel le conseil de famille puisse ou veuille confier le rôle de subrogé tuteur, il devra nécessairement nommer à ces fonctions un étranger. Car s'il nommait un parent, l'équilibre voulu par la loi serait rompu, les deux lignes de parenté du mineur se trouvant représentées à la tutelle, et une seule à la subrogée tutelle. Les mêmes motifs conduisent à décider que dans le cas où la tutelle appartient à un parent autre qu'un frère germain, le conseil de famille ne pourra pas choisir un frère germain comme subrogé tuteur.

Quoi qu'il en soit sur le point qui précède, l'exception établie par la loi pour le cas de frères germains ne devrait pas être étendue aux autres parents qui appartiennent aux deux lignes [2]. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il est même douteux qu'on puisse l'étendre, conformément à l'opinion générale, aux maris des sœurs germaines du mineur, c'est-à-dire à ses alliés au degré de frères germains.

[1] Duranton, III, n. 518; Marcadé, II, n. 217. — Cpr. Planiol, I, n. 1872.

[2] V. cependant Aubry et Rau, I, § 105, texte et note 5. D'après ces auteurs, lorsqu'il existe plusieurs parents ou alliés appartenant également aux deux lignes, on peut confier la tutelle à l'un et la subrogée tutelle à l'autre. A leurs yeux, l'art. 423 fait simplement aux frères germains l'application de ce principe général.

382. La loi investit le subrogé tuteur de fonctions diverses. Tantôt il est chargé de représenter le mineur à la place du tuteur; tantôt il assiste le tuteur; tantôt il le contrôle et le surveille dans son administration.

383. I. Le subrogé tuteur doit agir pour le mineur, quand les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420). Il en sera ainsi, par exemple, si le mineur et le tuteur se trouvent intéressés dans un même partage (1) ou si un procès éclate entre eux. Nous trouvons une autre application de ce principe dans l'art. 450. Le tuteur veut prendre à ferme un bien de son pupille, et il obtient à cet effet l'autorisation du conseil de famille; le subrogé tuteur représentera le mineur dans le contrat de bail : c'est lui qui passera bail au tuteur, comme le dit l'art. 450. En effet le tuteur, figurant au contrat comme preneur en son nom personnel, ne peut pas y figurer en outre comme bailleur au nom du mineur; autrement il y aurait à craindre que, confiés à son adversaire, les intérêts du mineur ne fussent sacrifiés. V. aussi art. 2143.

L'art. 420 s'exprime dans les termes les plus généraux. Le subrogé tuteur remplace le tuteur, dans tous les cas où il y a opposition d'intérêts entre celui-ci et son pupille, sans qu'il y ait à tenir compte de la nature des intérêts en jeu. Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction entre les actions qui sont compatibles avec le maintien de la tutelle et celles dont le succès doit entraîner la cessation des fonctions du tuteur. Ainsi, le subrogé tuteur peut, au nom du pupille, former contre le tuteur une demande en interdiction (2), ou en dation de conseil judiciaire (3). Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait actuellement opposition d'intérêts, pour que le subrogé

(1) Cass., 15 mai 1878, S., 80. 1. 193, D., 79. 1. 40. — Cass., 1er fév. 1892, D., 93. 1. 250. — Le mineur sera alors représenté par le subrogé tuteur dans les opérations du partage. Il ne sera pas nécessaire de nommer un tuteur *ad hoc*, à moins qu'on ne se trouve dans le cas prévu par les art. 838 C. civ. et 968 C. pr. — Labbé, note S., 80. 1. 193. — Grenoble, 6 nov. 1894, D., 95. 2. 347. — Cpr. Cass., 5 août 1879, S., 80. 1. 193. — Sur le point de savoir qui peut, au nom du mineur, accepter ou répudier la communauté ayant existé entre sa mère et son père tuteur légal, V. Huc, III, n. 336; Aubry et Rau, I, § 117, texte et notes 9 *bis* et 9 *ter*. — Cass., 20 avril 1885, D., 85. 1. 170. — Cpr. Paris, 2 fév. 1880, D., 83. 1. 61.

(2) Caen, 21 mars 1861, S., 62. 2. 484. — Cass., 9 fév. 1863, S., 63. 1. 16.

(3) Cass., 20 janv. 1875, S., 75. 1. 217.

tuteur remplace le tuteur. Il suffit que cette opposition résulte éventuellement de l'acte à accomplir, pourvu bien entendu que cette éventualité soit sérieuse (1).

En général, il n'y a pas un conflit d'intérêts motivant l'intervention du subrogé tuteur, lorsque le tuteur et le pupille, conjointement, mais chacun en vertu d'un intérêt qui lui est propre, plaident ou contractent avec un tiers. Les intérêts peuvent être distincts, sans être pour cela opposés. Mais si, au cours ou à la suite de cette affaire, un conflit d'intérêts s'élève entre le pupille et son tuteur, ce dernier devra céder la place au subrogé tuteur (2).

Dans les différentes hypothèses que nous venons d'examiner, ce n'est pas seulement un droit pour le subrogé tuteur d'intervenir; la loi lui en fait un devoir. Et l'obligation qui lui est imposée comporte une sanction. Cette sanction varie suivant qu'il s'agit d'un acte juridique ou d'un procès. L'acte qui serait fait par le tuteur au nom du pupille, contrairement aux prescriptions de l'art. 420, serait nul comme excédant les limites de ses pouvoirs. Du moment en effet que l'intérêt du tuteur est en contradiction avec celui du mineur, ce dernier ne peut plus être représenté par le tuteur. Du reste, la nullité qui atteint l'acte est uniquement dans l'intérêt du mineur, qui, seul, peut s'en prévaloir (3). S'agit-il d'un procès, auquel le tuteur a pris part comme représentant le mineur, soit en demandant, soit en défendant, alors que, par suite de l'opposition d'intérêts existant entre le mineur et son tuteur, le subrogé tuteur était seul qualifié pour agir, la procédure tout entière est entachée de nullité. Il a été jugé que cette nullité est d'ordre public et qu'elle peut être invoquée pour la première fois en cause d'appel, ou relevée d'office par le juge (4). Si le jugement est rendu, il sera néanmoins

(1) Aubry et Rau, I, § 117, note 8. — Cpr. Paris, 19 juil. 1870, S., 71. 2. 69.

(2) Amiens, 25 fév. 1837, S., 37. 2. 478. — Bordeaux, 17 mars 1843, S., 43. 2. 424. — Cass., 17 mars 1856, S., 56. 1. 487. — Cass., 30 nov. 1875, S., 78. 1. 365.

(3) Huc, III, n. 336; Aubry et Rau, I, § 117, p. 738. — Cpr. Montpellier, 17 mai 1831, S., 32. 2. 289.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Agen, 26 mai 1864, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 210, S., 64. 2. 131. — Nancy, 3 juil. 1894, D., 95. 2. 257 et la note. — Cpr. Nancy, 29 nov. 1890, sous Cass., 1er fév. 1892, D., 93. 1. 250.

susceptible de passer en force de chose jugée, bien que le mineur ait été irrégulièrement représenté. Ce dernier aura seulement à sa disposition les voies ordinaires de recours et, le cas échéant, les voies extraordinaires de la requête civile et du pourvoi en cassation (1).

384. Dans tous les cas où le subrogé tuteur est ainsi chargé de représenter le mineur, il a les mêmes pouvoirs et la même responsabilité que le tuteur (2).

En quelle qualité le subrogé tuteur agit-il alors ? La question est délicate. On peut fort bien soutenir que la subrogée tutelle ne devient pas vacante, car le subrogé tuteur exerce alors des fonctions qui lui sont normalement conférées par la loi. C'est toujours en qualité de subrogé tuteur qu'il agit, et non en qualité de tuteur. De là il résulte que ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121, et que, dans aucun cas, il n'est nécessaire de nommer un subrogé tuteur *ad hoc* (3).

Tel n'est pas le point de vue auquel les auteurs en général paraissent se placer. Lorsque les intérêts du tuteur sont en conflit avec ceux du pupille, le subrogé tuteur est appelé, disent-ils, à gérer la tutelle en vue d'un acte spécial. Il devient donc tuteur et la subrogée tutelle se trouve par cela même vacante. La garantie que le mineur trouve dans la subrogée tutelle cesse, car le subrogé tuteur ne peut pas se surveiller lui-même. Faut-il alors nommer un subrogé tuteur *ad hoc* ? Les auteurs sont divisés. D'après les uns, la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc* est toujours nécessaire, car il ne peut pas y avoir de tutelle sans subrogée tutelle (4). D'après les autres, elle ne serait exigée que lorsqu'il s'agit d'un acte qui réclame le concours du tuteur et du subrogé tuteur. Il y a bien sans doute un tuteur : c'est le subrogé tuteur qui en remplit les fonctions (5) ; mais il n'y a plus de subrogé tuteur ;

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Cass., 19 juin 1844, S., 44. 1. 547. — Agen, 26 mai 1864, *supra*.

(2) Trib. de Saint-Omer, 16 fév. 1899, D., 00. 2. 301.

(3) Note de M. Labbé, S., 76. 2. 97. — Huc, III, n. 336.

(4) Laurent, IV, n. 427. — Paris, 11 mars 1843, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 305, S., 44. 2. 153. — Cpr. Cass., 5 août 1879, S., 80. 1. 193.

(5) Donc il n'y a pas lieu de nommer un tuteur *ad hoc*. — Labbé, note S., 80. 1.

il est donc nécessaire de le remplacer en vue de l'acte spécial dont il s'agit. C'est ce qu'il y aurait lieu de faire dans les cas prévus par les art. 452 et 459 C. civ., 444 et 962 C. pr. (1). Mais, dans les deux systèmes, on admet que les biens du subrogé tuteur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, car cette hypothèque ne grève pas les immeubles du tuteur *ad hoc*.

385. Dans un autre ordre d'idées, la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc* s'imposera également lorsque les intérêts du mineur et ceux du subrogé tuteur seront en opposition au sujet d'un acte pour lequel la loi exige l'intervention du subrogé tuteur; celui-ci ne pourra alors conserver ses fonctions et devra se faire remplacer par un subrogé tuteur *ad hoc*.

386. II. Le subrogé tuteur n'est pas seulement chargé de représenter le mineur dans les hypothèses spéciales que nous avons exposées; il est investi d'une mission permanente de contrôle. Il doit surveiller l'administration du tuteur. Et à ce titre, il a le droit et le devoir de prendre ou de requérir les mesures qui sont nécessaires pour sauvegarder les intérêts du mineur. C'est ce que l'on peut induire de l'art. 470 qui permet au conseil de famille d'obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur, au plus une fois par an, des états de situation de sa gestion. Plusieurs autres dispositions légales se rattachent au pouvoir de contrôle conféré au subrogé tuteur. V. les art. 451, 452, 459, 1442, 2137, 2194 C. c.; 444 C. pr.; L. 27 février 1880, art. 7. Si le subrogé tuteur acquiert la conviction qu'il y a infidélité dans la gestion du tuteur, il doit provoquer sa destitution (art. 446) et poursuivre l'homologation de la délibération par laquelle le conseil de famille a prononcé cette destitution (art. 448). C'est en quelque sorte le couronnement de sa mission. Remarquez que le subrogé tuteur, s'il est en même temps membre du conseil de famille,

(1) — Rennes, 24 mai 1851, D., 56. 5. 470. — Grenoble, 6 nov. 1894, D., 95. 2. 342. — V. cependant, pour le cas d'un procès entre le tuteur et le pupille, Laurent, IV, n° 419.

(2) Aubry et Rau, I, § 117, note 13 *ter*. — Cpr. Bordeaux, 19 mars 1875, D., 77. 2. 25 et la note; S., 76. 2. 97. — Grenoble, 6 nov. 1894 (motifs), *supra*.

peut prendre part à la délibération, car aucun texte ne lui retire ce droit. Au contraire, le tuteur ne pourrait provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni émettre aucun vote sur ce point, s'il était membre du conseil de famille (art. 426). Car il ne peut s'ériger en juge de celui qui est chargé de le surveiller.

387. III. Enfin, le subrogé tuteur doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, quand la tutelle devient vacante. L'art. 424 dit à ce sujet : « *Le subrogé tuteur ne remplacera* » *pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra* » *vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence ; mais il* » *devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui* » *pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomi-* » *nation d'un nouveau tuteur* ».

Comme on le voit, le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur, lorsque celui-ci, pour une cause quelconque, cesse de remplir ses fonctions. A la différence des héritiers du tuteur (art. 419), il n'est même pas tenu de gérer provisoirement.

A plus forte raison, ne peut-il se substituer au tuteur, pour accomplir un acte de la tutelle, alors même qu'il s'agirait d'un acte conservatoire que le tuteur néglige de faire. Le subrogé tuteur n'a en effet d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont conférés par la loi. Il ne lui est pas permis d'empiéter sur les attributions du tuteur. Il peut seulement provoquer la destitution de celui-ci [1]. A cette solution, qui nous paraît commandée par les principes généraux de la tutelle, mais qui, il faut le reconnaître, peut avoir des conséquences dommageables pour le pupille, un tempérament est parfois proposé. Si, disent certains auteurs et quelques arrêts, le tuteur n'interjette pas appel d'un jugement rendu contre le mineur, le subrogé tuteur peut faire convoquer le conseil de famille et se faire conférer par celui-ci le pouvoir d'interjeter appel, ou même interjeter appel sans autorisation, sauf à en référer ensuite au conseil de famille [2]. On invoque en ce sens l'art.

[1] Huc, III, n. 337.

[2] Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, IV, quest. 1592 ; Garsonnet, *Procéd. civ.*, V, § 936 ; Aubry et Rau, I, § 117, texte et notes 19 et 20. — Montpellier,

444 C. pr. Aux termes de cet article, le jugement doit être notifié au tuteur et au subrogé tuteur, pour que les délais d'appel commencent à courir. Or, dans l'exposé des motifs, Bigot-Préameneu nous dit que la loi ordonne la notification au subrogé tuteur : « Afin qu'il prenne les mesures prescrites par la loi pour savoir si l'appel doit être interjeté » (1). Cette interprétation ne nous paraît pas admissible. Le subrogé tuteur ne peut se mettre ainsi à la place du tuteur, qui est le représentant légal du mineur. Il faudrait un texte bien clair pour lui reconnaître ce pouvoir. Or, on ne peut attribuer une telle autorité aux paroles de Bigot-Préameneu (2).

Ainsi le subrogé tuteur ne peut pas s'immiscer dans l'administration de la tutelle contre le gré du tuteur. Nous irons même plus loin : il ne pourrait même pas gérer sur le mandat de celui-ci. La situation de mandataire du tuteur est en effet incompatible avec la mission de surveillance que la loi lui confie (3).

Si, en fait, le subrogé tuteur s'est emparé de la gestion, en dehors des cas où la loi lui donne le pouvoir de représenter le mineur, il faudra le considérer comme un tuteur de fait.

388. D'une manière générale, et lorsque le subrogé tuteur se confine dans ses attributions, il n'est pas responsable des actes du tuteur. Sans doute il est chargé de surveiller celui-ci. Mais il ne faut pas exagérer l'obligation qui lui incombe. Pour qu'il puisse être condamné à des dommages-intérêts envers le mineur, il faut que personnellement il ait causé un préjudice à celui-ci, en ne remplissant pas, ou en remplis-

19 janv. 1832, S., 33. 2. 38. — Nancy (motifs), 25 août 1837, S., 39. 2. 151. — Riom, 19 janv. 1837 (motifs), S., 38. 2. 347. — Paris, 29 nov. 1855, S., 55. 2. 336. — Paris, 11 fév. 1874, S., 74. 2. 197, D., 75. 2. 145. — Nancy, 17 juil. 1886, D., 87. 2. 39.

(1) Locré, XXII, p. 114.

(2) Cass., 28 nov. 1887, D., 88. 1. 126, S., 88. 1. 16. — Carré, *op.* et *loc. cit.*; Boitard, *Cours de procéd.*, II, n. 682; Demolombe, VII, n. 373; Laurent, V, n. 104; Huc, III, n. 334. — Voir aussi conclus. de M. l'avocat général Chévrier, sous Paris, 11 fév. 1874, *supra*; et rapport de M. le conseiller Lardenois, sous cass., 28 nov. 1887, *supra*.

(3) Demolombe, VII, n. 374; Laurent, V, n. 105; Huc, III, n. 338.

sant mal ses fonctions [1]. Les art. 424, 1442 et 2137 contiennent des applications de ce principe. V. aussi L. 27 fév. 1880, art. 7 [2].

389. Les incapacités qui frappent le tuteur dans ses relations avec son pupille ne s'étendent pas au subrogé tuteur. Ainsi, il peut prendre à bail, pour son propre compte, les biens du mineur, sans avoir besoin d'y être autorisé par le conseil de famille. Il peut se rendre cessionnaire de droits et actions contre le pupille; transiger avec le représentant de celui-ci, et même, mais ceci est plus délicat, se rendre adjudicataire des biens du mineur, soit sur vente volontaire, soit sur expropriation forcée [3].

390. « *Les fonctions du subrogé tuteur cesseront à la même* » *époque que la tutelle* » (art. 425).

Ce texte signifie que les fonctions du subrogé tuteur cessent lorsque le mineur cesse d'être en tutelle, ou, en d'autres termes, lorsque la tutelle prend fin quant au mineur, *ex parte minoris :* ce qui peut arriver par sa mort, par sa majorité ou par son émancipation. La subrogée tutelle, n'étant qu'un rouage de la tutelle, disparaît nécessairement quand il n'y a plus de tutelle. Mais si la tutelle prenait fin quant au tuteur, *ex parte tutoris*, sans prendre fin quant au mineur, ce qui peut arriver notamment par la mort, par l'absence ou par la destitution du tuteur, les fonctions du subrogé tuteur ne cesseraient pas. La preuve en est dans l'art. 424, qui ordonne en pareil cas au subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. C'est le conseil de famille qui nommera ce nouveau tuteur. Il peut choisir le subrogé tuteur; mais celui-ci ne devient pas tuteur de plein droit quand la tutelle est vacante : il doit seulement faire les actes urgents de la tutelle, en attendant la nomination du nouveau tuteur. En

(1) Toullier, II, n. 1138; Duranton, III, n. 522; Chardon, *op. cit.*, p. 441; Demolombe, VII, n. 391; Huc, III, n. 338; Aubry et Rau, I, § 117, texte et note 3; Planiol, I, n. 1874.

(2) Nancy, 7 fév. 1861, D., 61. 2. 200. — Bordeaux, 21 fév. 1893, D., 93. 2. 361. — Cass., 29 juil. 1895, D., 96. 1. 107. — Cass., 12 déc. 1898, S., 99. 1. 333, D., 99. 1. 305. — Poitiers, 9 janv. 1905, D., 07. 2. 310.

(3) Vigié, I, n. 693; Huc, *loc. cit.* — Angers, 29 août 1884, sous Cass., 5 déc. 1887, D., 88. 1. 241.

supposant que le conseil de famille confie la tutelle à un autre que le subrogé tuteur, celui-ci conservera ses fonctions. Le conseil de famille peut-il, s'il le juge nécessaire, nommer un subrogé tuteur nouveau ? Certains auteurs lui reconnaissent ce pouvoir : ils disent que l'intérêt du mineur, qui sert de règle en la matière et en vue duquel la tutelle est organisée, peut exiger le remplacement du subrogé tuteur [1]. Mais il n'y a pas là, à notre avis, un motif suffisant. Le subrogé tuteur est un organe permanent de la tutelle. Il ne dépend pas du conseil de famille de lui enlever ses fonctions, en dehors des causes déterminées par la loi. Il est un cas cependant où le conseil de famille pourra et même devra procéder à la nomination d'un subrogé tuteur nouveau. Il en sera ainsi lorsque le tuteur élu par lui appartiendra à la même ligne de parenté que le subrogé tuteur. Alors, en vertu de l'art. 423, ce dernier ne pourra plus conserver ses fonctions, et il faudra le remplacer [2].

391. Enfin, aux termes de l'art. 426 : « *Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre, s'appliqueront aux subrogés tuteurs. — Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet* ».

SECTION IX

DU CONSEIL DE FAMILLE ET DE SES ATTRIBUTIONS

392. Nous devons l'institution du *conseil de famille* à notre ancien droit coutumier. Mais le code civil l'a transformée, et en a précisé et élargi les attributions. Alors que, dans notre ancien droit, les délibérations prises par les assemblées de famille ne constituaient que de simples avis auxquels les juges n'étaient pas tenus de se conformer, le conseil de famille joue aujourd'hui un rôle prépondérant dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle.

(1) Demolombe, VII, n. 385 ; Huc, III, n. 339. — Cpr. Limoges, 17 juin 1889, D., 91. 2. 56.

(2) Cass., 12 déc. 1898, D., 99. 1. 305 et le rapport de M. le conseiller Georges Lemaire, S., 99. 1. 353. — Laurent, IV, n. 424. — Cpr. C. civ. italien, art. 267.

Le conseil de famille présente le même caractère dans les législations où la tutelle est conçue sur le type de la tutelle de la famille.

§ I. *Généralités.*

393. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur, ou, à défaut, d'amis de son père ou de sa mère, et du juge de paix, qui en a la présidence.

Les attributions du conseil de famille sont assez nombreuses. Voici les principales :

1° Le conseil de famille est appelé, après la mort des père et mère, à exercer certains attributs de la puissance paternelle. V. notamment art. 160, 175, 361, 468, 478 et 485.

2° Il nomme le tuteur dans les cas exprimés par la loi.

3° Il nomme dans tous les cas le subrogé tuteur (art. 420).

4° Il prononce, quand il y a lieu, l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 446 et 426).

5° Un grand nombre d'affaires importantes concernant la personne ou les biens du mineur doivent être soumises au conseil de famille pendant la durée de la tutelle. Ainsi le conseil de famille est appelé à régler le budget de la tutelle (art. 454); son autorisation est nécessaire pour vendre les immeubles du mineur ou les hypothéquer, pour emprunter au nom du mineur (art. 457), pour transiger (art. 467).

On dit souvent que le conseil de famille est une sorte de tribunal privé ou domestique. Cela n'est vrai que d'une manière approximative. Le conseil de famille n'exerce pas une véritable juridiction. Ses décisions ne constituent pas des jugements au sens propre du mot. Sa mission consiste à donner des avis et à prendre des délibérations [1]. Mais le conseil de famille n'a pas le droit de faire exécuter ses décisions. C'est au tuteur qu'appartient le pouvoir exécutif de la tutelle. De même, lorsque ses décisions sont attaquées, le tribunal d'arrondissement devant lequel le recours est formé ne constitue pas une juridiction d'appel. Il statue en première instance et sauf appel (art. 889 C. pr.).

[1] Demolombe, VII, n. 320; Aubry et Rau, I, § 91, p. 594.

394. Le conseil de famille n'est pas un corps permanent, constitué une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. Il y a lieu de le former à nouveau, d'après les règles qui seront ci-après exposées, toutes les fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Il peut donc arriver qu'à de courts intervalles la composition du conseil de famille d'un mineur se trouve profondément modifiée, par exemple parce que de proches parents, qui habitaient la commune où doit être formé le conseil, vont se fixer au loin, ou parce que de proches parents qui habitaient au loin viennent se fixer dans la commune [1].

Le système consacré par le code peut, à bon droit, être critiqué. Il a sans doute l'avantage de produire une économie dans les frais de la tutelle. Mais il a cet inconvénient très grave que, souvent, le conseil de famille ne peut pas sérieusement remplir sa mission. La composition du conseil pouvant être constamment modifiée, les membres du conseil ne peuvent guère suivre l'ensemble de l'administration du tuteur et sont fatalement entraînés à s'en désintéresser. Appelés seulement à statuer sur des actes isolés, ils ne peuvent pas toujours en apprécier l'opportunité, faute de renseignements suffisants, et, la plupart du temps, ils s'en rapportent au tuteur et au subrogé tuteur. Dans la pratique, on cherche, il est vrai, à remédier à cet inconvénient, et à rendre aussi stable que possible la composition du conseil en y appelant toujours les mêmes personnes. Mais ce palliatif est insuffisant, car, pour l'appliquer, la bonne volonté des membres du conseil est nécessaire. Il aurait peut-être mieux valu faire du conseil de famille un corps permanent, nommé une fois pour toutes. C'est ce qu'ont fait certaines législations étrangères [2].

[1] Duranton, Bonnier et Roustain, I, n. 609; Zachariæ, I, § 200, texte et note 3; Laurent, IV, n. 451; Huc, III, n. 298; Aubry et Rau, I, § 91, texte et note 6; Beudant, II, n. 808; Surville, I, n. 418. — Caen, 30 déc. 1857, S., 58. 2. 625. — Trib. de Mâcon, 28 mai 1890, D., 91. 2. 223. — *Contra* Rouen, 9 déc. 1854, D., 55. 2. 106. — Cpr. Dijon, 14 janv. 1891, D., 91. 2. 223. — V. une conséquence intéressante dans un arrêt de la Cour de Caen, 31 juil. 1878, D., 79. 2. 269. — Cpr. Demante, II, n. 128; Demolombe, VII, n. 278.

[2] V. Codes civ. italien, art. 249; espagnol, art. 293 s. — Cpr. Code civ. allemand, art. 1879 et 1880.

§ II. *Où doit être formé le conseil de famille.*

395. Il ne faut pas confondre le domicile du mineur avec ce que la doctrine appelle *le domicile de la tutelle* (1). Le domicile du mineur est lié à celui de son tuteur, dont il suit les vicissitudes (art. 108). Autre chose est le domicile de la tutelle. Il faut entendre par là le lieu où le conseil de famille doit être réuni. L'intérêt du mineur exige le plus souvent que ce domicile soit fixé une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle, car si le domicile de la tutelle se déplaçait avec le domicile du mineur, il arriverait souvent que le conseil de famille devrait être formé dans une commune éloignée où le tuteur aurait transporté son domicile, et où on ne trouverait ni parents ou alliés du mineur, ni amis de ses père et mère. Il pourrait même arriver que le tuteur déplaçât son domicile, pour se soustraire à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille qui le gêne. Ces inconvénients ne peuvent être évités qu'en admettant l'immutabilité du domicile de la tutelle. Cette règle est d'autant plus nécessaire que, dans notre législation, le conseil de famille n'est pas un corps permanent. En fait, elle permet d'établir, dans une assez large mesure, une certaine fixité dans la composition du conseil (2).

Il nous reste maintenant à démontrer que ce principe a été consacré par notre législation et à rechercher les exceptions qui peuvent y être apportées.

396. Où doit être formé le conseil de famille dont la réunion est exigée par la loi au moment où s'ouvre la tutelle ? L'art. 407 nous dit qu'il doit être constitué « dans la commune où la tutelle sera ouverte ». Reste à savoir où s'ouvre la tutelle. Il faut répondre : au lieu où le mineur était domicilié lors de l'ouverture de la tutelle. L'art. 406, il est vrai,

(1) V. cependant Laurent, IV, n. 449; Huc, III, n. 299.

(2) L'immutabilité du domicile de la tutelle a donc moins d'utilité dans les législations qui édictent la permanence du conseil de famille. Elle est cependant consacrée par les codes civils espagnol (art. 293 s.) et italien (art. 249). Ces derniers ont voulu éviter aux membres du conseil de famille des déplacements dont les frais retomberaient sur les mineurs et leur permettre aussi d'exercer plus sérieusement leur contrôle, par les facilités qui leur sont ainsi données d'assister en personne aux réunions du conseil de famille.

paraît s'attacher au *domicile du mineur;* mais entendez par là le domicile qu'il avait lors de l'ouverture de la tutelle ; c'est d'ailleurs le seul moyen de mettre d'accord les art. 406 et 407.

Cette solution va de soi lorsque le tuteur doit être nommé par le conseil de famille ; le domicile du mineur, au moment de l'ouverture de la tutelle, est dans la commune où ses père et mère avaient alors leur domicile (art. 108). Il n'y a guère de difficultés non plus si la tutelle est déférée de plein droit au père par la mort de la mère. Alors même que le père aurait changé de domicile avant la réunion du conseil de famille, c'est toujours au lieu où il avait son domicile au moment du décès de la mère que le conseil de famille doit être formé pour procéder à la nomination du subrogé tuteur. Notre solution est également incontestable, au cas où la mère est investie de la tutelle légale à la suite de la mort du père, si les deux époux n'étaient ni divorcés, ni séparés de corps. Nous déciderons aussi, mais ici nous rencontrerons des contradicteurs, que c'est encore au lieu où le père avait son domicile que le conseil doit être constitué, alors même que les deux auteurs de l'enfant seraient divorcés ou séparés de corps. Sans doute, si le père vient à décéder, le mineur est domicilié chez sa mère par le fait même de l'ouverture de la tutelle. Mais cette translation immédiate du domicile n'est qu'une conséquence de l'ouverture de la tutelle. Au moment où celle-ci s'est ouverte, le mineur avait encore son domicile chez son père [1]. Contre notre manière de voir, on invoque la place qu'occupent les art. 406 et 407 dans la section IV consacrée à la tutelle dative. Ces deux textes, dit-on, visent uniquement le cas où la tutelle est déférée par le conseil de famille, ainsi que cela résulte au surplus de l'art. 405. Donc, dit-on, en dehors des cas où la tutelle est déférée par le conseil de famille, c'est au domicile *actuel* du mineur que doit être formé le conseil de famille chargé de nommer le subrogé tuteur. Nous répondrons en invoquant l'art. 421 où

[1] V. pour le cas où la garde de l'enfant a été confiée à la mère, Angers, 5 mai 1885, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 150.

il nous est dit que le conseil de famille chargé de nommer le subrogé tuteur à la requête du tuteur légal ou testamentaire sera *composé* comme il est dit à la section IV. Or l'art. 407, qui règle la *composition* du conseil de famille, décide que les parents ou alliés seront pris dans la commune où la tutelle s'est ouverte. D'une manière générale d'ailleurs, les règles édictées dans la section IV s'appliquent dans tous les cas où il y a lieu de convoquer le conseil de famille. C'est en effet dans cette section que le code a réglé la composition du conseil de famille. La rubrique, il est vrai, ne se réfère qu'à la tutelle dative. Mais il n'y a là qu'un accident, dont il ne faut pas exagérer les conséquences. Les rédacteurs du code, traitant de la tutelle dative, se sont laissé entraîner à parler à ce sujet de l'organisation même du conseil, alors que, logiquement, ils auraient dû consacrer à celle-ci une section spéciale (1).

397. Cette considération nous servira à résoudre la question que nous avons maintenant à examiner : Quel est le lieu où le conseil de famille doit être formé, *au cours de la tutelle?* Cette question se décompose elle-même en plusieurs autres.

I. Supposons d'abord qu'un tuteur nouveau succède au tuteur en exercice. Certains auteurs distinguent suivant que le nouveau tuteur est un tuteur datif, ou que la tutelle est déférée à un tuteur testamentaire ou à un ascendant tuteur légal. Dans le premier cas, le domicile de la tutelle ne serait pas déplacé ; dans le second, au contraire, il serait transféré au lieu où le nouveau tuteur a son domicile (arg. art. 108) (2).

II. Si, au cours de ses fonctions, le tuteur vient à changer de domicile, où sera désormais le domicile de la tutelle ? Quatre opinions ont été proposées.

A. Les uns, s'appuyant sur l'art. 108, décident que le domicile de la tutelle se déplace en même temps que le

(1) Demolombe, VII, n. 249 ; Aubry et Rau, I, § 91, note 2 ; Huc, III, n. 300 et 301 ; Beudant, II, n. 777 s. — Cpr. Toullier, II, n. 1114 ; Duranton, III, n. 453 ; Marcadé, II, n. 201 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 604 ; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 200, texte et notes 3 s. ; Laurent, IV, n. 447.

(2) Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 202, texte et note 5 ; Duranton, III, n. 453 ; Marcadé, II, n. 201 ; Toullier, II, n. 1114 ; Laurent, IV, n. 450.

domicile du tuteur (et par conséquent du pupille) [1]. Mais, outre que cette manière de voir est condamnée par l'art. 421 C. civ., on peut faire à ses partisans le reproche de confondre le domicile du mineur, qui concerne les relations de celui-ci avec les tiers, et le domicile de la tutelle, qui est tout autre chose.

B. On a proposé la distinction suivante : le tuteur datif ne pourrait pas déplacer le domicile de la tutelle, tandis que ce droit appartiendrait au tuteur légal et au tuteur testamentaire. On se fonde sur ce que les art. 406 et 407 se réfèrent à la tutelle dative et non aux autres sortes de tutelle, et on ajoute que le tuteur datif, tenant ses pouvoirs du conseil de famille, dont il est en quelque sorte le mandataire, ne peut pas avoir l'indépendance du tuteur légal ou testamentaire, dont le titre a une existence antérieure à la convocation du conseil de famille [2].

Cette distinction nous paraît absolument injustifiée. D'une part, en effet, les art. 406 et 407 ne sont pas seulement relatifs à la tutelle dative, et d'autre part, les pouvoirs des tuteurs sont toujours les mêmes, qu'ils tiennent leur titre de la loi, de la volonté du père ou de la mère, ou du conseil de famille.

C. A plus forte raison, nous repousserons une autre solution qui a été proposée et qui ne peut s'appuyer sur aucun texte. Elle consiste à dire que le tuteur légal seul peut déplacer le domicile de la tutelle, tandis que le tuteur datif ou testamentaire ne le peut pas [3].

D. Il vaut mieux décider que, quelles que soient les circonstances, le domicile de la tutelle doit être considéré comme immuable pendant tout le cours de la tutelle. Le domicile du mineur pourra bien changer; mais le domicile de la tutelle ne changera pas pour cela : il demeurera invariablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte, et c'est là

[1] Laurent, IV, n. 449 s.; Huc, III, n. 300 et 301; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 202, note 4.

[2] Marcadé, II, n. 201.

[3] Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 604; Zachariæ, I, § 202, p. 395; Duranton, III, n. 453; Toullier, II, n. 1114.

qu'il y aura lieu de réunir le conseil de famille toutes les fois qu'il sera nécessaire de le convoquer pendant le cours de la tutelle (1). Cela résulte des textes et de l'esprit de la loi. Sans doute le principe de l'immutabilité du domicile de la tutelle n'est pas écrit en termes exprès dans le code civil. Mais il est à remarquer que les textes relatifs à la convocation et à la composition du conseil de famille supposent toujours que le conseil est convoqué au lieu où la tutelle s'est ouverte.

398. La jurisprudence est en ce sens (2). Mais elle n'admet pas cependant sans certaines réserves la solution que nous avons proposée.

Ainsi les arrêts décident généralement que le conseil doit être réuni au lieu de l'ouverture de la tutelle et non pas à celui où le mineur est actuellement domicilié, lorsqu'il s'agit de prendre une mesure concernant le *personnel* de la tutelle, par exemple lorsqu'il est appelé à nommer le tuteur ou le subrogé tuteur ou à prononcer sa destitution (3) ou même à donner un curateur au mineur après son émancipation (4).

Mais, au contraire, le domicile de la tutelle ne doit plus nécessairement être tenu pour immuable, lorsque l'affaire sur laquelle le conseil de famille est invité à statuer concerne seulement la gestion du tuteur. Le fait que le conseil de famille a été réuni dans la commune où le tuteur est actuel-

(1) De Fréminville, I, n. 98; Valette sur Proudhon, II, p. 313; Demolombe, VII, n. 249; Vigié, I, n. 697; Aubry et Rau, I, § 92 *bis*, p. 599 et 600; Surville, I, n. 409; Beudant, II, n. 777 s. — Cpr. Laurent, IV, n. 447 s.; Huc, *loc. cit.*

(2) Paris, 24 juil. 1835, S., 35. 2. 406. — Nîmes, 2 mars 1848, D., 48. 2. 295, S., 48. 2. 58. — Cass. (motifs), 17 déc. 1849, S., 50. 1. 299, D., 50. 1. 77. — Nancy, 1er juil. 1853, S., 53. 2. 558, D., 54. 2. 234.

(3) Cass., 11 mai 1842, S., 42. 1. 661. — Aix (motifs), 9 mai 1846, S., 46. 2. 580. — Douai, 4 mars 1859, S., 59. 2. 346. — Cass., 2 mars 1869, S., 69. 1. 151, D., 69. 1. 199. — Rouen, 24 fév. 1870, *J. G., Suppl.*, vo *Minorité*, n. 150, S., 71. 2. 44. — *Adde* les arrêts cités à la note précédente. — V. cep. Cass., 4 mai 1846, S., 46. 1. 465, D., 46. 1. 129. — Nancy, 26 juil. 1865, S., 66. 2. 227, D., 66. 5. 477. — D'après l'arrêt de la cour de cassation de 1846, si le conseil de famille appelé à organiser, à compléter ou à modifier la tutelle doit être convoqué et présidé par le juge de paix du lieu d'ouverture de la tutelle, cela tient à ce que « tant que la tutelle n'est » pas définitivement ou complètement organisée, le mineur ne peut avoir d'autre » domicile que son domicile d'origine ». A rapprocher de cet arrêt, un autre arrêt de Cass., 10 nov. 1896, D., 99. 1. 209 (note de M. L. Michel), S., 97. 1. 321.

(4) Cass., 17 déc. 1849, S., 50. 1. 299, D., 50. 1. 77. — Metz, 31 mai 1870, S., 71. 2. 107, D., 70. 2. 194.

lement domicilié n'entraîne pas, par lui seul, la nullité de la délibération. Celle-ci devra être maintenue, si aucune fraude n'est alléguée, et si d'ailleurs les intérêts du mineur n'ont pas été lésés [1]. Cette dernière solution, dit-on, peut se justifier de la manière suivante. D'abord, les art. 406 et 407, de même que les art. 421 et 422, qui indiquent le lieu où doit se réunir le conseil de famille, ne sont relatifs qu'à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur. Puis, l'on conçoit aisément que le domicile actuel du mineur soit le domicile de la tutelle, lorsque celle-ci est organisée et qu'il s'agit seulement de son fonctionnement. L'intérêt du mineur est d'ailleurs la règle suprême de la matière. Les tribunaux doivent être investis d'un pouvoir souverain d'appréciation. Ils auront à rechercher si, en fait, le tuteur n'a pas déplacé son domicile, dans le but d'échapper à la surveillance gênante du conseil de famille.

Il vaut mieux, à notre avis, s'en tenir au principe de l'immutabilité du domicile de la tutelle et considérer, dans tous les cas, comme irrégulière la formation du conseil de famille dans un lieu autre que celui où la tutelle est ouverte. Ce n'est pas à dire cependant que nous repoussions absolument les solutions pratiques auxquelles la jurisprudence aboutit. Seulement nous en proposerions une autre justification. L'on pourrait dire que, sans doute, le conseil est irrégulièrement constitué, mais que, la loi n'ayant pas attaché la sanction de la nullité à l'inobservation des règles relatives à la composition du conseil, les tribunaux sont armés d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la validité de la délibération [2]. Nous reviendrons sur ce dernier point.

§ III. *De la composition du conseil de famille.*

399. Entre cette question et la précédente, il y a un lien étroit. Il résulte en effet des textes que le choix des membres

[1] Cpr. Cass., 4 mai 1846, S., 46. 1. 465, D., 46. 1. 129. — V. cep. Cass., 4 janv. 1842, S., 42. 1. 244. — Cet arrêt décide que le conseil de famille *doit* être réuni au domicile du tuteur.

[2] Aubry et Rau, I, § 92 *bis*, p. 601.

du conseil de famille est fait en tenant compte de la distance qui sépare leur résidence du lieu où se trouve le domicile de la tutelle.

400. Il y a normalement *sept membres* dans un conseil de famille, savoir : six parents ou alliés du mineur, plus le juge de paix président de l'assemblée [1]. *Sept membres :* nombre impair, ce qui rend le partage plus difficile, mais non impossible cependant, ainsi qu'on le verra plus loin. Le juge de paix doit prendre part aux délibérations du conseil et voter [2] ; la loi lui reconnaît même une autorité plus grande qu'aux autres membres, puisqu'elle lui donne voix prépondérante en cas de partage (art. 416). Il est membre nécessaire du conseil de famille. Dès lors, si, après l'annulation par la justice d'une décision du conseil de famille, celui-ci est de nouveau réuni pour statuer sur le même objet, le juge de paix en fera encore partie, et le tribunal ne pourrait pas, sans commettre un excès de pouvoir, déléguer un de ses membres pour présider le conseil aux lieu et place du juge de paix [3].

Dans quelques cas particuliers indiqués par l'art. 408, le conseil de famille peut comprendre plus de six parents ou alliés : « *Les frères germains du mineur et les maris des » sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de » nombre posée en l'article précédent. — S'ils sont six, ou » au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, » qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les » ascendants valablement excusés, s'il y en a. — S'ils sont en » nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que » pour compléter le conseil* ».

En vertu du privilège du double lien qui les unit au mineur, la loi a voulu que ses frères germains (et aussi les maris de ses sœurs germaines, ou beaux-frères germains) fussent tous appelés, s'ils sont majeurs bien entendu, à faire

[1] Sur la composition du conseil de famille, V. codes civ. espagnol, art. 294 s. ; italien, art. 251 s. ; portugais, art. 207 s. ; allemand, art. 1860 s. ; Hongrie, L. XX de 1877, art. 151 s.

[2] Demolombe, VII, n. 309 ; Laurent, IV, n. 430 et 472 ; Aubry et Rau, I, § 93, p. 602. — Rouen, 3 fév. 1834, S., 34. 2. 584. — Lyon, 13 mars 1845, S., 46. 2. 429. — Grenoble, 18 déc. 1845, S., *ibid.*

[3] Laurent, IV, n. 430 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

partie du conseil de famille, alors même qu'ils seraient au nombre de plus de six, contrairement à la règle formulée par l'art. 407.

Une exception analogue a été admise en ce qui concerne les ascendants et les ascendantes veuves qui doivent être appelés au conseil de famille avec les frères et beaux-frères germains, quel que soit d'ailleurs le nombre de ceux-ci, et quel que soit le chiffre auquel leur présence doive porter le nombre des membres du conseil de famille.

Au surplus, il y a deux inexactitudes à relever dans l'art. 408.

D'abord, la loi a tort de ne parler que des ascendants *valablement excusés;* il est clair qu'il y aurait lieu d'admettre aussi au conseil de famille les ascendants qui n'ont pas eu à se faire excuser de la tutelle, parce qu'ils n'y étaient pas appelés; ce qui peut arriver dans le cas où la tutelle est gérée par le survivant des père et mère ou par le tuteur du choix du dernier mourant [1]. Peut-être la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants valablement excusés, par opposition aux ascendants exclus ou destitués de la tutelle, qui ne peuvent faire partie du conseil de famille (art. 445).

D'autre part, les termes employés par la loi trahissent certainement sa pensée, quand elle appelle à faire partie du conseil de famille « les veuves d'ascendants », expressions qui comprendraient, s'il fallait les prendre à la lettre, la deuxième femme d'un ascendant décédé, qui n'est pas parente du mineur, mais seulement alliée de celui-ci. Il aurait fallu dire : *les ascendantes veuves*. L'historique de la confection de la loi ne laisse aucun doute sur ce point [2].

Les diverses personnes dont l'art. 408 contient l'énumération sont appelées au même titre à faire partie du conseil de famille. Cela a été contesté à tort. On a soutenu que seuls les frères germains et les maris des sœurs germaines font régulièrement partie du conseil de famille; que les ascen-

[1] Demolombe, VII, n. 261; Laurent, IV, n. 439; Vigié, I, n. 699; Huc, III, n. 304; Aubry et Rau, I, § 93, note 8.

[2] Locré, VII, p. 200, 218; Demolombe, VII, n. 259; Laurent, IV, n. 439; Vigié, *loc. cit.*; Huc, III, n. 304; Aubry et Rau, I, § 93, note 9.

dants et les ascendantes veuves sont seulement appelés par déférence et en qualité de membres volontaires ; que ces derniers peuvent, par conséquent, se dispenser d'assister aux séances, sans être passibles de la sanction édictée par l'art. 413, et qu'enfin ils n'entrent pas en ligne de compte pour la composition numérique du conseil de famille [1]. Cette opinion, qui se fondait sur la rédaction littérale de l'art. 408, est condamnée par les travaux préparatoires [2] et elle est aujourd'hui universellement repoussée [3].

401. C'est le juge de paix qui est chargé de la formation du conseil de famille, c'est-à-dire de la désignation des personnes qui doivent le composer [4] (v. *infra*, n. 408). Les art. 407 et suivants déterminent les règles à observer pour procéder à cette opération.

402. Aux termes de l'art. 407 : « *Le conseil de famille sera » composé, non compris le juge de paix, de six parents ou » alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte » que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté » paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de » proximité dans chaque ligne* [5]. — *Le parent sera préféré » à l'allié du même degré; et parmi les parents de même » degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins* ».

= *Pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres.* En prenant les parents qui se trouvent à une plus grande distance, on les aurait obligés à des voyages coûteux, dont les frais seraient retombés en définitive à la charge du mineur dans l'intérêt duquel ils sont faits.

(1) Toullier, II, n. 1111 ; Marcadé, II, n. 196 ; Duranton, III, n. 460 ; Zachariæ, I, § 201, p. 391 ; Taulier, II, p. 28. — Cpr. Valette sur Proudhon, II, p. 311, obs. II.

(2) Fenet, X, p. 598 s., 624.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 201, note 14 ; Demolombe, VII, n. 262 s. ; Laurent, IV, n. 440 ; Vigié, *loc. cit.* ; Huc, III, n. 304 ; Aubry et Rau, I, § 93, note 11.

(4) La composition du conseil de famille ne peut pas être attaquée avant toute délibération. Aubry et Rau, I, § 94, note 2 *bis*. — Bordeaux, 13 juin 1877, D., 78. 2. 43.

(5) Si la mère est remariée, son deuxième mari doit-il être appelé à faire partie en même temps qu'elle du conseil de famille ? V. Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273.

Ce motif prouve que, pour déterminer quels sont les parents ou alliés situés dans le rayon légal, il faut avoir égard à leur résidence plutôt qu'à leur domicile. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte des termes de l'art. 407 qui parle de parents ou d'alliés « *pris*... dans la commune... », et de l'art. 409 qui suppose le cas où les parents ou alliés de l'une ou l'autre ligne se trouveraient en nombre insuffisant « *sur les lieux* » ? Il est vrai que ce même article, dans sa deuxième partie, semble avoir égard au domicile (argument des mots « *domiciliés* à de plus grandes distances ») ; même langage dans l'art. 410 où on lit : « à quelque distance qu'ils soient *domiciliés*... » Mais rien ne prouve que le législateur ait pris ici le mot *domicile* dans son sens technique : vraisemblablement il l'a employé comme synonyme de *résidence*. Peut-être même conviendrait-il de prendre en considération, non pas la résidence ordinaire, mais la résidence actuelle des parents ou alliés, fût-ce même une habitation passagère [1]. Ainsi un parent, qui réside habituellement sur les lieux, mais qui se trouve en voyage au moment de la réunion du conseil de famille, ne devra pas être convoqué. Cela est conforme au vœu de la loi, qui désire éviter des frais dont la charge retomberait sur le mineur.

La règle ainsi posée par l'art. 407 est absolument générale. Elle s'applique donc même aux parents visés par l'art. 408. Ceux-ci ne doivent, en principe, être appelés que s'ils sont sur les lieux. L'art. 408 en effet ne déroge à l'art. 407 qu'en ce qui concerne la composition numérique du conseil de famille [2].

403. Aux termes de l'art. 409 : « *Lorsque les parents ou* « *alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre* « *insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par* « *l'art. 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou*

(1) Delvincourt, I, p. 111, note 2 ; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 201, texte et note 6 ; Laurent, IV, n. 432 ; Huc, III, n. 303 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contra* Demolombe, VII, n. 277.

(2) Duranton, III, n. 459 ; Demolombe, VII, n. 265 ; Laurent, IV, n. 437 ; Vigié, *loc. cit.* ; Huc, III, n. 304 ; Aubry et Rau, I, § 93, note 10. — Rennes, 21 juil. 1880, D., 81. 2. 162. — Cpr. Cass. Belgique, 21 juin 1894, D., 96. 2. 92.

» *alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit dans la* » *commune même, des citoyens connus pour avoir eu des* » *relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du* » *mineur* ».

= *De l'une ou de l'autre ligne.* Le juge de paix ne pourrait pas compléter le contingent d'une ligne avec des parents ou des alliés empruntés à l'autre ligne, car l'équilibre voulu par la loi se trouverait rompu. Ainsi, dans la zone fixée par l'art. 407, il n'y a que deux parents ou alliés paternels du mineur, mais on y trouve un grand nombre de parents maternels. Pour compléter le contingent de la ligne paternelle, le juge de paix ne pourra pas appeler un parent maternel; il devra prendre soit un parent paternel en dehors de la zone légale, soit dans la commune même, un ami du père ou de la mère du mineur.

D'ailleurs, quand un parent appartient aux deux lignes (parent germain), le juge de paix peut indifféremment le compter dans l'une ou dans l'autre; ainsi un conseil de famille pourrait être composé de trois frères germains et de trois parents maternels. La pratique est en ce sens (1).

Comme on le voit, l'art. 409 autorise le juge de paix à compléter le contingent de l'une ou de l'autre ligne en recourant à l'un des deux procédés suivants : ou bien appeler des parents ou alliés pris en dehors du rayon déterminé par l'art. 407, sans être tenu d'observer entre eux aucun ordre de préférence; ou bien, s'il le juge préférable, convoquer des amis du père ou de la mère du mineur, à la condition que ceux-ci résident dans la commune. Entre ces deux partis, le juge de paix optera librement. Il peut préférer les amis même aux plus proches parents du mineur, lorsque, bien entendu, ceux-ci ne se trouvent pas dans le rayon légal (2).

(1) Zachariæ, I, § 201, texte et note 10; Demolombe, VII, n. 269; Laurent, IV, n. 438; Huc, III, n. 305; Aubry et Rau, I, § 93, texte et note 6. — Cass., 16 juil. 1810, S., 10. 1. 355. — *Contra* Colmar, 14 juil. 1836, S., 37. 2. 231, *J. G.*, v° *Interdiction*, n. 84.

(2) Laurent, IV, n. 442; Huc, III, n. 305; Aubry et Rau, I, § 93, texte et notes 12 et 13. — Douai, 4 mars 1859, S., 59. 2. 346. — Cass., 19 août 1850, S., 50. 1. 644. — Cpr. Trib. Lyon, 19 juin 1869, D., 70. 3. 104. — Rennes, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 162.

404. Enfin, aux termes de l'art. 410 : « *Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles* ». Ce texte apporte une exception notable à la règle posée par l'art. 407 et développée par l'art. 409. Le juge de paix usera de la faculté qui lui est conférée par la loi, lorsqu'il le jugera utile aux intérêts du mineur. Mais il ne pourra user de cette faculté que sous les restrictions suivantes :

1° Il ne peut prendre en dehors de la circonscription délimitée par l'art. 407 que des parents ou des alliés (1).

2° Il ne peut appeler les parents résidant en dehors de la zone légale qu'autant qu'ils ne sont pas d'un degré plus éloigné que les parents qui se trouvent dans cette zone. Et encore faut-il tenir compte de la règle édictée par l'art. 408. Les frères germains, les maris des sœurs germaines, les ascendants et les ascendantes veuves qui se trouvent sur les lieux devant tous faire partie du conseil de famille, le juge de paix ne peut les en exclure et leur préférer d'autres frères ou ascendants pris en dehors de la zone légale (2).

3° Enfin, en usant de la faculté à lui conférée par l'art. 410, le juge de paix doit toujours observer la règle de l'art. 407 concernant le nombre des membres du conseil de famille.

§ IV. *Convocation et mode de délibération du conseil de famille.*

405. Il faut nécessairement, pour convoquer le conseil de famille, une ordonnance ou une autorisation du juge de paix (V. cep. *infra*, n. 408).

Le juge de paix peut ordonner ou autoriser la convocation

(1) V. cependant Douai, 22 juillet 1856, S., 57. 2. 33.

(2) Duranton, III, n. 462; Demolombe, VII, n. 272; Aubry et Rau, I, § 93, note 14.

du conseil de famille, soit d'office, soit sur dénonciation, soit sur réquisition.

A. *D'office*, lorsqu'il prend lui-même l'initiative de la convocation. Il a ce droit dans les cas exprimés par la loi : notamment lorsqu'il s'agit de nommer, de remplacer ou de destituer soit le tuteur, soit le subrogé tuteur (arg. art. 406, 421 et 446).

En outre, on admet généralement que le juge de paix peut convoquer d'office le conseil de famille, toutes les fois qu'il le croit utile aux intérêts du mineur [1]. Le juge de paix, dit-on, membre-né et président du conseil de famille, est appelé à jouer un rôle actif dans le fonctionnement de la tutelle. Il représente l'Etat, qui a le devoir de veiller à la protection des incapables. Ces considérations ne nous paraissent pas décisives, non plus que les arguments d'analogie que l'on tire des art. 414 et 415. Elles ne peuvent prévaloir contre les principes généraux qui dominent la matière. C'est la loi qui a déterminé les attributions qu'elle a entendu conférer à chacun des organes de la tutelle. Le juge de paix, non plus que le tuteur ou le conseil de famille, ne peut agir que dans les limites que la loi a fixées. Or le soin que celle-ci a pris de dire que, *dans certains cas*, le juge de paix peut d'office ordonner la convocation du conseil de famille n'implique-t-il pas que ce pouvoir ne lui appartient pas dans les autres hypothèses [2]?

B. *Sur dénonciation*, lorsque le fait qui donne lieu à la convocation du conseil de famille est *dénoncé*, c'est-à-dire signalé au juge de paix, par quelqu'un qui n'a pas qualité pour requérir la convocation. Le juge de paix ordonne alors la convocation du conseil de famille, s'il le juge à propos.

C. *Sur réquisition*, lorsque la convocation est *requise* par quelqu'un à qui la loi donne ce droit. Le juge de paix n'est pas obligé de déférer à une dénonciation, mais il est obligé de déférer à une réquisition [3].

[1] Demolombe, VII, n. 280; Laurent, IV, n. 452.

[2] Aubry et Rau, I, § 94, texte et note 1 *bis*.

[3] Sur le recours qui peut être exercé au cas où le juge de paix refuse de déférer à la réquisition, v. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 202, note 6; Demolombe, VII, n. 281; Laurent, IV, n. 454; Huc, III, n. 297. — Trib. de Châteauroux, 28 mars 1899, D., 00. 2. 65 et la note.

406. Les trois modes de convocation dont il vient d'être parlé sont signalés dans l'art. 406, qui indique en même temps les personnes auxquelles appartient le droit de *requérir* la convocation du conseil, au cas particulier où il s'agit de faire nommer un tuteur au mineur : « *Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur* ». Voyez aussi les art. 421, 424 et 446.

Le droit de *requérir* la convocation du conseil de famille appartient aux personnes suivantes :

1° Aux parents (et aussi aux alliés du mineur, arg. art. 407, 446, 479). Ce droit leur est reconnu sous certaines distinctions. Tout parent ou allié, sans distinction de degré, peut requérir la convocation du conseil de famille, à l'effet de nommer le tuteur ou le subrogé tuteur (art. 406 et 421, al. 2). S'agit-il de provoquer la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur, le droit de réquisition n'est reconnu qu'aux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin germain ou à des degrés plus rapprochés (art. 446 et arg. art. 426), sauf cependant si la destitution est provoquée en vertu de l'art. 421, al. 2. De même lorsque le conseil de famille doit délibérer sur l'émancipation du mineur, la convocation en peut être requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement (art. 479).

2° Les créanciers ou toutes autres personnes intéressées ont également le droit de réquisition, mais seulement lorsqu'il s'agit de nommer le tuteur ou le subrogé tuteur (art. 406 et 421, al. 2), ou de prononcer la destitution du tuteur dans l'hypothèse prévue par l'art. 421, al. 2.

3° Le subrogé tuteur peut requérir la convocation du conseil de famille dans les quatre cas suivants :

a. Lorsqu'il veut provoquer la destitution du tuteur (art. 446).

b. Quand il y a lieu de nommer un nouveau tuteur, la tutelle se trouvant vacante (art. 424).

c. Lorsque le tuteur n'observe pas les formalités prescrites pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au pupille (L. du 27 févr. 1880, art. 7).

d. Dans les cas exceptionnels où il est appelé à remplacer le tuteur, si l'acte à accomplir est dans la catégorie de ceux pour lesquels la loi exige l'autorisation du conseil de famille.

4° Le tuteur peut requérir la convocation du conseil de famille :

a. Dans le but de faire procéder à la nomination du subrogé tuteur (art. 421, al. 1), mais non pour provoquer sa destitution (art. 426, al. 2).

b. Dans le but d'obtenir du conseil de famille l'approbation qui lui est nécessaire pour certains actes. Sans doute la loi ne lui accorde pas expressément, dans cette hypothèse, le droit de réquisition. Mais puisqu'elle l'oblige à consulter le conseil de famille, il faut bien reconnaître au tuteur les moyens de déférer aux exigences légales.

Quant au ministère public, nul texte ne lui attribue le droit de réquisition. Aussi est-on d'accord pour décider qu'il peut seulement, comme tout autre, *dénoncer* au juge de paix le fait qui donne lieu à la convocation du conseil de famille [1].

407. Lorsque le juge de paix ordonne ou autorise la convocation du conseil de famille, c'est lui qui fixe la date à laquelle la réunion aura lieu. C'est également à lui qu'il appartient de désigner le local où les membres du conseil se réuniront. « *Cette assemblée,* dit l'art. 415 dans sa première » partie, *se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à* » *moins qu'il ne désigne lui-même un autre local* ». *Chez le juge de paix,* c'est-à-dire en son prétoire.

408. Régulièrement, chaque membre du conseil de famille doit être convoqué au moyen d'une citation notifiée par un huissier (arg. art. 411). Les citations peuvent être conçues soit au nom du juge de paix, soit au nom de celui qui requiert la convocation du conseil.

Toutefois, dans la pratique, afin d'éviter des frais qui retombent en définitive à la charge du mineur, la convoca-

[1] Demolombe, VII, n. 287; Laurent, IV, n. 453; Aubry et Rau, I, § 94, p. 607.

tion du conseil de famille se fait le plus souvent par simples lettres [1]. Mais ce mode de convocation, n'étant pas légal, ne ferait pas encourir aux défaillants l'amende édictée par l'art. 413, et si l'un des membres ainsi convoqués ne comparaissait pas, le conseil se trouverait dans l'impossibilité de délibérer valablement [2]. Aussi le juge de paix, qui prévoit la négligence ou la mauvaise volonté de quelque membre du conseil de famille, agira-t-il prudemment en lui faisant donner une citation régulière.

409. Les règles que nous allons indiquer s'appliquent seulement au cas où les convocations ont été faites suivant le mode légal.

410. I. La première est édictée par l'art. 411 : « *Le délai » pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, » mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation noti- » fiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un inter- » valle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées » résideront dans la commune, ou dans la distance de deux » myriamètres. — Toutes les fois que, parmi les parties citées, » il s'en trouvera de domiciliées au-delà de cette distance, le » délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres* ». Sur ce texte, nous observerons :

1° Que le délai de trois jours est un délai franc (art. 1033 C. pr.).

2° Que le délai supplémentaire à raison de la distance n'est plus aujourd'hui que d'un jour pour cinq myriamètres (C. pr., art. 1033, modifié par la loi du 3 mai 1862).

411. II. La deuxième résulte de l'art. 413 : « *Tout parent, » allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne » comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra » excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par » le juge de paix* ». La loi n'indique pas le minimum de

[1] Ou bien les membres du conseil de famille, s'étant entendus à l'avance, se présentent sans convocation devant le juge de paix. Celui-ci, en prenant la présidence du conseil de famille, en ratifie par cela même la composition. — Douai, 13 nov. 1844, S., 45. 2. 79. — Paris, 4 août 1849, D., 50. 2. 191. — Douai, 4 mars 1850, S., 50. 2. 336. — Cass. Belgique, 21 juin 1894, D., 96. 2. 92.

[2] Demolombe, VII, n. 290; Laurent, IV, n. 456; Aubry et Rau, I, § 94, texte et notes 5 et 6. — Cpr. Caen, 30 août 1847, S., 48. 2. 527.

l'amende; il est donc laissé à la discrétion du juge de paix, qui toutefois ne peut pas descendre au-dessous d'un franc. Le défaillant peut d'ailleurs faire opposition à la sentence du juge de paix [1]. L'art. 414 ajoute : « *S'il y a excuse suffi-* » *sante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent,* » *soit de le remplacer; en ce cas, comme en tout autre où* » *l'intérêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra* » *ajourner l'assemblée ou la proroger* ».

Ajourner l'assemblée, c'est la renvoyer à une époque indéterminée. Une nouvelle convocation sera nécessaire pour indiquer l'époque de la réunion.

La *proroger*, c'est la renvoyer à une époque déterminée, à huitaine par exemple. Dans ce cas, une nouvelle convocation n'est pas nécessaire.

412. III. Enfin, la troisième est édictée par l'art. 415, dans sa partie finale : « *La présence des trois quarts au moins de ses* » *membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère* ».

= *La présence*. Il suffit donc pour la validité de la délibération que les trois quarts au moins des membres convoqués assistent à la réunion, et celle-ci serait valable, alors même qu'un ou plusieurs membres se seraient abstenus ou auraient refusé de voter [2].

= *Des trois quarts au moins de ses membres* CONVOQUÉS. Le juge de paix n'étant pas un membre convoqué, puisque c'est lui qui convoque, ne doit pas être compris dans ce calcul. C'est précisément pour l'en exclure que le mot *convoqués* a été ajouté après coup dans le texte de la loi, sur les observations du tribunat. Maintenant, le nombre des membres convoqués étant normalement de six, il en résulte que cinq au moins devront être présents pour que la délibération puisse avoir lieu. Quatre seulement représenteraient un nombre inférieur aux trois quarts de six.

413. Voici maintenant les règles qui reçoivent leur application, quel que soit le procédé auquel on a eu recours pour la convocation du conseil de famille.

(1) Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 202, texte et note 14; Demolombe, VII, n. 298; Huc, III, n. 309. — Cass., 24 oct. 1894, S., 95. 1. 28.

(2) Trib. civ. de Pontarlier, 27 fév. 1902, S., 04. 2. 22.

414. I. Aux termes de l'art. 412, al. 1 : « *Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial* ».

La loi n'exige pas une procuration authentique; une procuration sous seing privé serait donc suffisante. Mais elle veut que le mandat soit *spécial*. Cela signifie que le mandataire doit être investi du pouvoir de représenter son mandant et de voter en son nom, soit au sujet de telle affaire devant être traitée dans la réunion du conseil de famille, soit à l'occasion de toutes les affaires dont il pourra y être question. Mais les pouvoirs du mandataire ne doivent pas être plus strictement limités. Pour qu'il puisse remplacer utilement son mandant, il faut qu'il soit en mesure de jouer dans l'assemblée le rôle que celui-ci était appelé à jouer. Or le conseil est convoqué, non seulement pour voter, mais encore pour délibérer. C'est la délibération qui doit déterminer le vote de chacun de ses membres. De là il suit que celui qui se fait représenter au conseil de famille ne peut pas donner à son mandataire un mandat impératif. En effet, le mandat impératif équivaudrait à un vote émis par le mandant lui-même, c'est-à-dire par un absent. D'un autre côté, en supposant que chaque membre convoqué du conseil se soit fait représenter par un mandataire, ce que la loi ne défend pas, l'assemblée ne pourrait pas délibérer, la délibération ne pouvant avoir aucune utilité, puisque le vote de chacun serait fixé à l'avance.

Un mandat impératif, imposant au mandataire l'obligation de voter dans tel ou tel sens, serait donc frappé de nullité, et le membre du conseil de famille qui aurait donné un pareil mandat devrait être considéré comme défaillant. Si, en fait, le mandataire avait pris part à la séance du conseil de famille, la décision prise par celui-ci pourrait être attaquée. Notre solution, qui est admise en doctrine [1] et en jurispru-

[1] Proudhon, II, p. 305; de Fréminville, I, n. 102; Magnin, I, n. 342; Demolombe, VII, n. 235; Laurent, IV, n. 457; Vigié, I, n. 700; Huc, III, n. 308; Aubry et Rau, I, § 94, texte et note 8. — Cpr. Duranton, III, n. 456; Zachariæ, I, § 202, note 7.

dence [1], est confirmée par les travaux préparatoires [2]. Elle peut également trouver dans l'esprit général de la loi et dans les textes un fondement solide. Arg. art. 892 C. pr cbn. art. 412, 415, 416 et 494 C. civ.

Des considérations que nous venons d'émettre découle cette conséquence énoncée par l'art. 412, al. 2 : « *Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne* ». S'il en était autrement, il serait évidemment impossible de délibérer comme le veut la loi, et, en poussant les choses à l'extrême, il pourrait arriver que le conseil tout entier se trouvât représenté par une seule et même personne. De là aussi cette autre conséquence qu'un membre du conseil de famille ne peut pas être le mandataire d'un autre membre. Autrement la même personne jouerait un double rôle dans le conseil, où elle figurerait pour son compte, d'une part, et pour le compte du mandant, d'autre part, et ce double rôle rendrait impossible la délibération. Enfin, puisque le mandataire doit prendre part à la délibération au lieu et place de son mandant, un membre du conseil de famille ne peut désigner comme mandataire qu'une personne ayant la capacité requise pour faire partie d'une pareille assemblée. Le mandat dont il s'agit ne pourrait pas être confié à une femme ou à un mineur (arg. art. 442-1° et 3°). N'objectez pas qu'aux termes de l'art. 1990 les femmes et les mineurs peuvent être choisis pour mandataires. En effet cette règle n'a été écrite évidemment qu'en vue du mandat donné dans l'intérêt du mandant [3].

415. II. Les séances du conseil de famille ne sont pas publiques. Il est inutile, il peut même être nuisible de mettre le public au courant des affaires de la tutelle.

416. III. Les résolutions du conseil de famille se prennent à la majorité *absolue* des suffrages exprimés par les membres présents à la délibération, c'est-à-dire à la majorité de la

(1) Trib. de Chambéry, 16 mars 1880, S., 80. 2. 217, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 111. — Pau, 2 janv. 1895, D., 96. 2. 217, S., 95. 2. 129. — Caen, 26 nov. 1895, S., 96. 2. 34.

(2) Locré, VII, p. 181.

(3) Demolombe, VII, n. 296; Laurent, IV, n. 457; Huc, III, n. 308; Aubry et Rau, I, § 94, texte et note 9. — Orléans, 12 janv. 1850, D., 50. 2. 60.

moitié des voix plus une. Tel est le droit commun pour les assemblées délibérantes. L'opinion qui considère une majorité *relative* comme suffisante [1], doit être rejetée. Ainsi, dans un conseil de famille composé de sept membres, trois votent dans un sens, et les quatre autres, chacun dans un sens différent. L'opinion qui compte trois voix n'a pas la majorité pour elle, puisqu'elle a quatre voix contre elle. La majorité relative n'est qu'une majorité *fictive*, et, pour qu'elle pût fixer la décision de l'assemblée, un texte de loi serait nécessaire ; or ce texte n'existe pas [2].

Mais alors comment se tirera-t-on d'embarras, quand il se sera formé plus de deux opinions dans le sein du conseil de famille, et qu'aucune n'aura pour elle la majorité absolue ? Il y a sur ce point lacune dans la loi ; et si l'on est d'accord sur ce point qu'il faut nécessairement la combler, on est loin de s'entendre sur le moyen à employer pour parvenir à ce but. Plusieurs solutions ont été proposées.

A. La première consiste à appliquer par analogie les règles écrites dans l'art. 117 du code de procédure civile ainsi conçu : « S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles » en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux » opinions qui auront été émises par le plus grand nombre ; » toutefois ils ne sont tenus de s'y réunir qu'après que les » voix auront été recueillies une seconde fois » [3]. Mais il y a une objection grave contre cette solution : l'art. 117 contient une exception aux règles du droit commun ; or les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Puis il n'existe aucun moyen légal de forcer les membres du conseil de famille à se soumettre à la règle de l'art. 117, et par conséquent la solution indiquée n'en est pas une. Car il est évident que si les membres du conseil de famille parviennent à s'entendre, notre question ne se pose pas.

[1] Proudhon, II, p. 323 ; Toullier, II, n. 1121 ; Chardon, *op. cit.*, n. 291.

[2] Duranton, III, n. 466 ; Valette sur Proudhon, II, p. 323, note *a* ; Duvergier sur Toullier, *loc. cit.* ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 614 ; Demolombe, VII, n. 314 *a* ; Laurent, IV, n. 461 ; Huc, III, n. 311 ; Aubry et Rau, I, § 94, texte et note 14.

[3] Valette sur Proudhon ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* ; Demolombe, VII, n. 314. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 94, p. 611 ; Vigié, I, n. 702.

B. Certains auteurs (1) décident qu'il y a lieu d'appeler un nouveau membre en qualité de départiteur. Mais cette opinion en faveur de laquelle on a vainement invoqué un argument d'analogie fondé sur l'art. 118 Pr. civ., est condamnée par les travaux préparatoires ; elle est de plus contraire à l'esprit de la loi qui attribue au seul juge de paix la fonction de départager le conseil (arg. art. 416).

C. Dans un autre système, on dit que l'on devra recourir à l'autorité judiciaire, qui ordonnera la convocation d'un nouveau conseil, ayant une composition différente, ou même décidera au lieu et place du conseil de famille (2). Mais on fait jouer ainsi aux tribunaux un rôle qui ne leur appartient pas.

D. Le dernier moyen proposé est le suivant. Le juge de paix ajournera l'assemblée (arg. art. 414), ce qui rendra nécessaire une convocation nouvelle. Puis il formera un nouveau conseil de famille dont il éliminera les membres récalcitrants. Ceux-ci ne pourront élever aucune réclamation, si ce conseil de famille est composé suivant les prescriptions des art. 407 s. Car le conseil de famille n'est pas un corps permanent. Si la composition du conseil de famille est irrégulière, ce qui arrivera souvent, la décision prise par celui-ci pourra sans doute être attaquée. Mais, la loi n'ayant pas attaché de sanction à l'inobservation des règles qu'elle a posées en ce qui concerne la formation du conseil de famille, les tribunaux, saisis de la réclamation, pourront la rejeter et valider la délibération si, en fait, il leur apparaît qu'aucune fraude n'a été commise et que les intérêts du mineur n'ont pas souffert de préjudice (3).

En cas de partage, c'est-à-dire quand il se forme dans le sein du conseil deux opinions ayant le même nombre de voix, c'est l'opinion qui a pour elle le suffrage du juge de paix qui l'emporte. En effet, aux termes de l'art. 416 : « *Le*

(1) De Fréminville, I, n. 107 ; Duranton, III, n. 466.

(2) Il en serait ainsi tout au moins dans le cas où il est impossible d'appliquer par analogie l'art. 117 C. pr. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* — Cpr. Demolombe, VII, n. 317.

(3) Laurent, IV, n. 462 ; Huc, III, n. 312 ; Vigié, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, I, § 94, texte et note 16 ; Planiol, I, n. 1792.

« *conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage* ». Ainsi, dans une assemblée composée de sept frères germains du mineur appelés à voter pour la nomination d'un tuteur à ce mineur, quatre votent pour tel tuteur, les trois autres et le juge de paix pour tel autre tuteur; c'est cette dernière opinion qui l'emportera.

§ V. *Nature des actes du conseil de famille.*

417. Le conseil de famille, avons-nous dit, n'est pas un tribunal. Ses décisions ne constituent donc pas des jugements. Ce sont, soit des *avis*, soit des *délibérations stricto sensu*.

I. Le conseil de famille donne son avis, lorsqu'il exprime son opinion sur une question qui lui est soumise, soit par le tribunal, soit par le tuteur.

La loi prescrit dans certains cas au tribunal de prendre l'avis du conseil de famille, avis auquel d'ailleurs le tribunal n'est pas tenu de se conformer. V. les art. 494, 514, 2143, 2144 C. civ., 892, 893 Pr. civ.; L. 30 juin 1838, art. 32; L. 24 juil. 1889, art. 15 et 16. Dans d'autres hypothèses, le tribunal peut consulter le conseil de famille, mais il n'y est pas obligé. V. L. 24 juil. 1889, art. 4; C. pr., art. 856.

Quant au tuteur, on admet généralement qu'il a la faculté de consulter le conseil de famille, au sujet d'affaires délicates, et qu'il peut, à cet effet, en requérir la convocation. Il s'agit d'ailleurs d'un avis purement officieux, que le conseil de famille n'est pas obligé de donner et que le tuteur n'est pas obligé de suivre, puisque, par hypothèse, l'acte au sujet duquel le conseil de famille est consulté est de ceux que le tuteur peut faire seul et sans autorisation. Si le tuteur se conforme à l'avis du conseil de famille, il n'est point, pour cela, déchargé de sa responsabilité; mais celle-ci pourrait être moins sévèrement appréciée [1].

II. Les délibérations proprement dites sont les actes par

[1] Demolombe, VII, n. 322; Aubry et Rau, I, § 95, p. 613.

lesquels le conseil de famille prend, ordonne ou autorise une mesure (1) relative, soit à l'organisation, soit au fonctionnement de la tutelle. Ce sont là les attributions normales du conseil de famille. Ainsi le conseil de famille prend une délibération, lorsqu'il nomme ou destitue le tuteur ou le subrogé tuteur, lorsqu'il autorise le tuteur à faire les actes que, sans cette autorisation, il serait inhabile à accomplir, ou lorsqu'il habilite le mineur en vue de certains actes juridiques.

Les délibérations (*stricto sensu*) du conseil de famille n'ont pas toujours le même caractère. En principe, elles valent par elles-mêmes et sans autre condition. Mais, exceptionnellement, et seulement dans les cas où il en est ainsi disposé par la loi, elles n'ont d'effet qu'autant qu'elles ont été homologuées par le tribunal civil. La règle est donc que l'approbation de la justice n'est pas nécessaire. Ce principe est généralement admis en doctrine (2) et en jurisprudence (3). On a proposé de distinguer suivant la nature de l'acte auquel se réfère la délibération : est-ce un acte de simple administration, l'homologation judiciaire ne serait pas exigée en principe; est-ce un acte qui excède les bornes de l'administration, la règle inverse devrait être observée (4). Mais nulle part, la loi ne fait une pareille distinction. Elle a énuméré les cas dans lesquels l'homologation est nécessaire. Cette énumération doit être considérée comme limitative.

Lorsque l'homologation d'une délibération du conseil de famille est demandée à la justice, celle-ci ne peut que refuser ou accorder l'homologation. Mais elle ne peut modifier la décision du conseil de famille (5).

418. Les délibérations du conseil de famille sont des actes purement privés. A ce titre, la loi ne veut pas qu'elles soient portées à la connaissance du public. Par conséquent le greffier de la justice de paix n'est pas tenu, et n'a même pas le

(1) Aubry et Rau, I, § 95, p. 612.

(2) Duranton, III, n. 474 et 577; Zachariæ, I, § 203, texte et note 15; Demolombe, VII, n. 325; Huc, III, n. 314; Aubry et Rau, I, § 95, texte et note 10.

(3) Paris, 24 déc. 1860, S., 61. 2. 347. — Montpellier, 9 juil. 1869, D., 70. 2. 180, S., 70. 2. 148.

(4) Magnin, *op. cit.*, I, n. 356.

(5) Cass., 9 fév. 1863, D., 63. 1. 85, S., 63. 1. 113.

droit d'en délivrer une expédition à toute personne qui lui en fait la demande [1].

Puisque les décisions du conseil de famille ne constituent pas des jugements, la loi n'exige pas, en principe du moins, qu'elles soient motivées. (V. cependant les art. 447 et 426, al. 1). Cette règle s'applique même au cas où la délibération n'est pas prise à l'unanimité; mais alors, le procès-verbal doit mentionner l'avis de chacun des membres, y compris le juge de paix (art. 883, al. 1 C. pr.). La disposition de ce texte est absolument générale et ne comporte aucune distinction. Il est donc inexact qu'on doive en restreindre l'application aux seules délibérations sujettes à homologation [2].

De ce que le conseil de famille ne constitue pas un tribunal résulte encore cette conséquence qu'on ne peut se pourvoir, par voie d'appel, contre ses décisions. On peut seulement intenter, dans les formes ordinaires de la procédure, une action tendant à en faire prononcer l'annulation. Il en est ainsi même dans le cas où la délibération du conseil a été homologuée par le tribunal [3].

§ VI. *Du recours formé contre les délibérations du conseil de famille.*

419. *Observation préliminaire.* Nous nous occuperons seulement ici de l'action qui tend à faire annuler la décision du conseil de famille considérée en elle-même, laissant de côté celle qui a pour but de faire prononcer l'annulation d'un acte accompli par le tuteur en vertu de la délibération du conseil de famille [4].

[1] Demolombe, VII, n. 302; Laurent, IV, n. 464; Aubry et Rau, I, § 95, p. 613. — Cass., 30 déc. 1840, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 259, S., 41. 1. 171.

[2] Demolombe, VII, n. 318; Laurent, IV, n. 463; Huc, III, n. 313; Aubry et Rau, I, § 95, note 7. — *Contra* de Fréminville, *op. cit.*, I, n. 109; Magnin, I, n. 349. — Metz, 16 fév. 1812, S., 12. 2. 389. — Cpr. Duranton, III, n. 477. — Cass., 2 août 1899, S., 61. 1. 254.

[3] Laurent, IV, n. 465; Aubry et Rau, I, § 95, p. 615. — Aix, 3 fév. 1832, S., 33. 2. 307. — Cass., 17 déc. 1849, S., 50. 1. 299, D., 50. 1. 77. — Cass., 7 avril 1875, D., 77. 1. 371. — Cpr. Rennes, 4 avril 1870, D., 72. 5. 454.

[4] V. Huc, III, n. 324. Si le sens d'une délibération du conseil de famille est douteux, il n'y a pas lieu d'agir par voie d'action en nullité. C'est au conseil de

N° 1. Quelles sont les délibérations qui peuvent être attaquées et pour quelles causes.

420. La délibération peut être attaquée soit pour vice de forme, soit pour un motif tiré du fond.

421. I. *Des nullités pour vice de forme.* — La loi n'a pas dit quelles sont les règles de forme dont l'inobservation doit être considérée comme un manquement assez grave pour entacher de nullité la délibération du conseil de famille. Dès lors, que faut-il décider ? Il est certain que l'on ne peut poser en règle que la délibération doit toujours être maintenue, quelque grave que soit l'irrégularité commise, car alors le mineur se trouverait dépourvu de toute garantie. D'autre part, du moment que la loi n'a pas édicté de sanction, l'on ne peut non plus décider que l'annulation sera nécessairement prononcée, par ce seul fait que les formes légales n'ont pas été observées. Car il est certaines irrégularités qui ne vicient pas la délibération d'une manière essentielle. La vérité se trouve entre les deux solutions extrêmes. Il y a lieu de faire, en cette matière, l'application de la théorie des nullités virtuelles. Certaines règles doivent être considérées comme essentielles, et lorsqu'elles ne sont pas observées, il n'y a pas en réalité de conseil de famille. L'inobservation de ces règles doit donc faire considérer comme non avenues les décisions qui ont été prises. Il en est d'autres au contraire qui ne sont pas essentielles à l'existence du conseil de famille, et, alors même qu'elles ne seraient pas observées, le conseil de famille n'en existerait pas moins. Seulement les tribunaux auraient à rechercher si les intérêts de l'incapable n'ont pas été lésés en fait, et si l'irrégularité qui leur est signalée n'est pas le résultat de la fraude. Ils jouiraient sur ce point d'un pouvoir souverain d'appréciation [1].

famille qu'il faut demander d'interpréter sa décision. — Paris, 4 déc. 1878 et Cass., 5 août 1879, S., 80. 1. 193 et la note de M. Labbé.

[1] Demolombe, VII, n. 328 s. ; Laurent, IV, n. 471 ; Huc, III, n. 306, 322, 323 ; Aubry et Rau, I, § 96, texte et notes 14 s. ; Beudant, II, n. 808 ; Planiol, I, n. 1796. Du reste, on ne peut critiquer la composition du conseil de famille tant que celui-ci n'a pas délibéré. Demolombe, VII, n. 276 et 327 ; Laurent, IV, n. 446 ; Huc, III, n. 305. — Bordeaux, 13 juin 1877, D., 78. 2. 43, S., 77. 2. 295.

Ainsi nous considérerons comme substantielle la règle qui veut que le conseil de famille soit présidé par le juge de paix et que celui-ci prenne part à la délibération et émette son vote [1]. De même la délibération sera entachée de nullité, par suite de la violation d'une règle essentielle, si le conseil de famille est composé de moins de sept membres, y compris le juge de paix; si des personnes incapables y ont été appelées [2]; si la délibération a été prise en l'absence d'un membre non régulièrement convoqué [3]; si les trois quarts au moins des membres convoqués n'ont pas pris part à la délibération [4]; si celle-ci n'a pas été prise à la majorité absolue des suffrages exprimés; ou enfin si l'on a admis au vote un mandataire porteur d'un mandat général ou impératif [5]. Les diverses règles que nous venons d'énumérer nous paraissent substantielles, en ce sens que, si elles ne sont pas observées, il n'y a pas à proprement parler de conseil de famille. La délibération doit être tenue pour nulle et non avenue, sans autre examen. Le tribunal ne peut la valider; car, une pareille délibération n'existant pas aux yeux de la loi, ce serait le tribunal qui prendrait lui-même la décision. Or cela n'entre pas dans ses attributions. Dans les autres cas, au contraire, l'annulation de la délibération ne s'imposerait pas au tribunal, qui jouirait, à cet égard, du pouvoir discrétionnaire dont nous avons parlé.

Telle est la solution généralement admise par les auteurs [6]. Elle est également consacrée par la jurispru-

[1] Demolombe, VII, n. 329; Laurent, IV, n. 472; Huc, III, n. 322; Aubry et Rau, I, § 96, p. 619. — Rouen, 3 fév. 1834, S., 34. 2. 584. — Lyon, 13 mars 1845, S., 46. 2. 429. — Grenoble, 18 déc. 1845, S., 46. 2. 429, D., 46. 2. 187.

[2] Laurent, IV, n. 473; Huc, Aubry et Rau, *loc. cit.* — Aix, 3 fév. 1832, S., 34. 2. 306. — Orléans, 12 janv. 1850, D., 50. 2. 60. — Paris, 21 mars 1861, S., 61. 2. 269. — Chambéry, 13 janv. 1879, D., 80. 2. 9, S., 79. 2. 136.

[3] Demolombe, VII, n. 290; Laurent, IV, n. 455 et 473; Huc, III, n. 322; Aubry et Rau, I, § 96, p. 620. — Cpr. Caen, 30 août 1847, S., 48. 2. 527.

[4] Demolombe, VII, n. 329; Laurent, IV, n. 475; Huc, Aubry et Rau, *loc. cit.* — Pau, 2 janv. 1895, D., 96. 2. 217, S., 95. 2. 129.

[5] Trib. de Chambéry, 16 mars 1880, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 111, S., 80. 2. 217. — Pau, 2 janv. 1895, *supra*. — Angers, 23 mars 1896, D., 96. 2. 477, S., 96. 2. 204. — Caen, 26 nov. 1895, S., 96. 2. 34. — *Contra* Gilbert, note, S., 51. 2. 285.

[6] Toullier, II, n. 1119; Valette sur Proudhon, II, p. 328; Demolombe, VII,

dence (1). Les arrêts présentent cependant une très grande variété, qui s'explique par le pouvoir d'appréciation qui, en pareille matière, appartient aux tribunaux.

Si cette manière de voir est fondée, il en résulte que la nullité de la délibération doit plus facilement être prononcée, lorsqu'elle est invoquée dans l'intérêt du mineur que lorsqu'elle est alléguée par un tiers, agissant en son nom propre et dans son intérêt personnel. Car, si la tutelle est organisée dans l'intérêt du mineur, la loi, en thèse générale du moins, n'a pas pris en considération les intérêts des tiers. Ces considérations nous conduisent aux décisions suivantes :

Les tiers peuvent se prévaloir des irrégularités résultant de la violation d'une règle substantielle (2).

Mais ils ne peuvent invoquer les autres vices de forme pour s'opposer à l'exécution d'une délibération prise par le conseil de famille (3). Cependant, lorsqu'ils ont un procès à soutenir avec celui qui se présente comme le représentant du pupille, ils peuvent demander qu'il soit statué sur la régularité de sa nomination ou sur la validité de l'autorisation qui lui a été donnée de plaider pour le pupille. S'il en était autrement, on créerait en effet aux tiers une situation injuste et par trop inégale à celle du mineur (4).

422. II. L'annulation de la délibération du conseil de

n. 328 s.; Laurent, IV, n. 477 s.; Huc, III, n. 322, 323; Aubry et Rau, I, § 96, texte et notes 21 s.

(1) Citons parmi les arrêts les plus récents, Cass., 4 nov. 1874, D., 75. 1. 214, S., 76. 1. 52. — Cass., 20 janv. 1875, D., 76. 1. 28, S., 75. 1. 217. — Trib. de Briey, 24 janv. 1878, D., 79. 3. 40. — Chambéry, 19 janv. 1886, D., 87. 2. 161, S., 88. 2. 16. — Limoges, 17 juin 1889, D., 90. 2. 336. — Trib. de Mâcon, 28 mai 1890, D., 91. 2. 223. — Cass., 7 fév. 1893, D., 93. 1. 152, S., 96. 1. 351. — Dijon, 4 janv. 1895, D., 95. 2. 536. — Orléans, 29 janv. 1896, D., 96. 2. 470, S., 96. 2. 144. — Angers, 23 mars 1896, D., 96. 2. 477, S., 96. 2. 204. — Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273. — Cass., 29 avril 1903, D., 03. 1. 300. — Cass., 18 juil. 1904, D., 04. 1. 552. — Cpr. Chambéry, 13 janv. 1879, *supra*. — Caen, 23 déc. 1895, D., 98. 2. 355.

(2) Laurent, IV, n. 488; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 30.

(3) Laurent, IV, n. 488 et 489; Huc, III, n. 319; Aubry et Rau, *loc. cit.* — V. cep. Nancy, 7 janv. 1899, *supra*.

(4) Laurent, Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 96, p. 623. — Bruxelles, 26 juil. 1831, D., 33. 2. 21. — Cass., 17 décembre 1849 (motifs), S., 50. 1. 299, D., 50. 1. 77.

famille peut également être demandée pour des motifs tirés du fond [1]. La demande peut être formée au nom et dans l'intérêt du mineur. Elle peut également être intentée par un tiers agissant en son propre nom et dans son intérêt personnel.

423. A. La délibération peut être attaquée au nom du mineur, parce qu'elle porte préjudice aux intérêts de celui-ci. C'est à cette hypothèse que paraît se référer la disposition de l'art. 883 C. pr. : « *Toutes les fois que les délibérations du* » *conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun* » *des membres qui le composent sera mentionné dans le pro-* » *cès-verbal. — Les tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même* » *les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la* » *délibération; ils formeront leur demande contre les membres* » *qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit* » *nécessaire d'appeler en conciliation* ».

424. Les délibérations du conseil de famille sont susceptibles de recours, qu'elles soient ou non sujettes à l'homologation du tribunal. L'art. 883 C. pr. ne contient, à cet égard, aucune distinction [2].

425. Le texte laisse quelque doute sur le point de savoir si le recours est possible contre les délibérations prises à l'unanimité. L'al. 1 suppose en effet que la délibération n'a pas été unanime, et l'on a pu soutenir, non sans apparence de raison, que l'al. 2 se réfère à la même hypothèse. Nous pensons cependant, avec la doctrine en général, que la délibération peut être attaquée, même lorsqu'elle a été prise à l'unanimité. L'al. 2 de l'art. 883 paraît avoir été édicté principalement dans le but de déterminer les personnes auxquelles appartient la faculté de se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille et celles contre lesquelles le recours sera formé. Mais il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de rendre inattaquables les décisions prises à l'unanimité. Ceût été se désintéresser de la protec-

(1) Cass., 8 nov. 1893, D., 94. 1. 270, S., 94. 1. 91 et les renvois.

(2) Toulouse, 22 fév. 1854, D., 54. 2. 239, S., 54. 2. 197. — Colmar, 19 nov. 1857, S., 58. 2. 81. — Dijon, 14 mai 1862, S., 62. 2. 449. — Trib. de Mâcon, 28 mai 1890, D., 91. 2. 223.

tion du mineur [1]. La jurisprudence paraît cependant se prononcer en sens contraire [2].

426. Le principe que les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées pour des motifs tirés du fond, comporte, d'après certains auteurs, les exceptions suivantes :

1° Le recours ne serait pas possible contre les décisions relatives aux intérêts moraux du mineur et qui sont prises par le conseil de famille comme exerçant le pouvoir domestique au lieu et place des père et mère. On applique cette exception à la délibération par laquelle le conseil de famille accorde ou refuse son consentement au mariage du mineur et à celle par laquelle il statue sur son émancipation. Ces décisions, dit-on, ne sont pas plus susceptibles de recours que ne le serait la décision du père ou de la mère que le conseil de famille remplace [3].

2° De même la délibération du conseil de famille ne serait pas susceptible d'être attaquée dans l'intérêt du mineur lorsqu'elle est relative au *personnel* de la tutelle. Ainsi le recours ne serait pas admis contre la délibération par laquelle le conseil de famille nomme un tuteur ou un subrogé tuteur [4], et celle qui statue sur la tutelle de la mère qui se remarie (art. 395 et 396), ou sur le choix d'un tuteur testamentaire fait par la mère remariée et maintenue dans la tutelle [5] (art. 400).

[1] Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 204, texte et note 7; Laurent, IV, n. 469; Huc, III, n. 319; Garsonnet, *Traité de procéd. civile*, § 1293; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 8. — Trib. de Gaillac (motifs), 25 mars 1891, S., 94. 2. 91, D., 94. 1. 270. — Caen, 13 déc. 1897, D., 98. 2. 505 et la note de M. Biville, S., 98. 2. 64.

[2] Toulouse, 22 fév. 1854 (motifs), *supra*. — Agen, 24 déc. 1860 (motifs), S., 61. 2. 182. — Trib. d'Arbois, 4 juil. 1868 (motifs), D., 69. 3. 7, S., 69. 2. 88. — Rouen, 25 nov. 1868 (motifs), D., 69. 2. 76. — Bruxelles (motifs), 11 juin 1890, D. 91. 2. 249. — Dijon, 14 janv. 1891, D., 91. 2. 223.

[3] Aubry et Rau, I, § 96, p. 618; Vigié, I, n. 704.

[4] A moins, bien entendu, que le conseil de famille n'ait conféré ces fonctions à une personne incapable ou indigne. — Duranton, III, n. 477; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 353, 356, 375 et 376; Demolombe, VII, n. 335 et 336; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 204, note 6; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 11. — Montpellier, 13 juin 1866, S., 67. 2. 114, D., 68. 1. 162.

[5] Demolombe, VII, n. 140 et 167; Aubry et Rau, I, § 96, p. 619. — Grenoble, 18 janv. 1854, D., 56. 2. 55, S., 55. 2. 737. — Angers, 11 nov. 1875, S., 76. 2. 168.

Les solutions que nous venons d'exposer dérivent de cette idée qu'il s'agit d'attributions que la loi a conférées exclusivement au conseil de famille et que celui-ci est appelé à exercer d'une manière souveraine. Aux yeux de la loi, le conseil de famille est le meilleur juge en ces matières de ce qu'exige l'intérêt du mineur. « L'omnipotence du conseil de » famille, a-t-on dit en ce sens [1], si grave qu'elle soit, en ce que » la délibération peut être dictée par d'injustes préventions, » paraît présenter des inconvénients moindres que ceux qui » résulteraient d'une décision motivée et d'un recours devant » le tribunal avec le bruit, la notoriété, peut-être même le » scandale de la publicité de l'audience ». L'intention des rédacteurs du code civil résulte des termes mêmes dont ils se servent. D'après l'art. 395 C. civ., le conseil de famille *décide* si la tutelle doit être conservée à la mère remariée ; aux termes de l'art. 400, le tuteur testamentaire choisi par la mère remariée ne peut entrer en fonctions, s'il n'a pas été *confirmé* par le conseil de famille ; les art. 405 et 420 chargent le conseil de famille de *nommer* le tuteur et le subrogé tuteur. Il s'agit de pouvoirs appartenant en propre au conseil de famille et n'appartenant qu'à lui. Sans doute, l'art. 883 C. pr. permet d'attaquer les délibérations du conseil de famille, mais ce texte doit être considéré comme un simple *complément* des dispositions du code civil, ainsi que le dit Berlier, dans son Exposé des motifs [2] ; il n'a aucunement dérogé à celles-ci. L'art. 883 C. pr. a principalement pour but de régler des questions de procédure ; il nous dit par qui et contre qui le recours peut être formé ; mais il faut se référer au code civil pour savoir quelles sont, parmi les délibérations du conseil de famille, celles qui sont susceptibles d'être attaquées et celles contre lesquelles il n'est pas permis de se pourvoir. Enfin, spécialement en ce qui concerne les nominations de

D., 76. 2. 31. — Trib. Rouen, 2 juin 1891, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 170. — Rouen, 27 juil. 1891, S., 92. 2. 53. — Cass., 23 juin 1902, S., 02. 1. 385, D., 02. 1. 347 et les conclusions de M. le procureur général Baudouin. — Cass., 31 déc. 1902, D., 03. 1. 143. — Besançon, 30 nov. 1904, D., 05. 2. 120. — Cpr. Duranton, III, n. 131.

[1] Trib. Rouen, 2 juin 1891 et Rouen, 27 juil. 1891, *supra*.

[2] Locré, XXIII, p. 157.

tuteur ou de subrogé tuteur, en admettant que le tribunal devant lequel le recours serait formé pût annuler la nomination faite par le conseil de famille, il n'aurait certainement pas le droit de nommer lui-même un autre tuteur ou subrogé tuteur à la place de celui que le conseil de famille a désigné. Le tribunal devrait ordonner une nouvelle convocation du conseil de famille pour la nomination d'un autre tuteur ou subrogé tuteur, et si le conseil de famille persistait dans ses vues, on se trouverait en présence d'un conflit sans issue.

Quelle que soit la gravité de ces arguments, l'opinion contraire compte un grand nombre de partisans. Elle invoque surtout la généralité des termes de l'art. 883 C. pr., qui permet de critiquer les délibérations du conseil de famille, sans distinction aucune. Le code de procédure civile serait venu sur ce point modifier le système consacré par le code civil, dans le but d'assurer d'une manière plus complète la protection des mineurs en combinant l'action de la famille et celle de la justice, comme l'indique le tribun Mouricault dans son discours au Corps législatif (1). En raison, on ne voit pas d'ailleurs pourquoi les délibérations du conseil de famille relatives au personnel de la tutelle ou aux intérêts moraux du mineur seraient à l'abri de toute critique, alors qu'il serait permis d'attaquer celles qui concernent l'administration même du tuteur (2).

427. B. La délibération du conseil de famille peut être également l'objet d'un recours sur le fond de la part d'un tiers dont les droits ou les intérêts sont directement lésés par elle.

(1) Locré, XXIII, p. 187 s.

(2) Delvincourt, I, p. 279; Zachariæ, I, § 204, texte et note 6; Laurent, IV, n. 470; Huc, III, n. 318, 321; Planiol, I, n. 1797. — Aix, 15 nov. 1843, S., 44. 2. 255. — Toulouse, 22 fév. 1854, S., 54. 2. 197, D., 54. 2. 239. — Colmar, 19 nov. 1857, S., 58. 2. 81, D., 59. 2. 36. — Nancy, 3 avril 1857, D., 57. 2. 175, S., 57. 2. 362. — Agen, 24 déc. 1860, S., 61. 2. 182, D., 61. 2. 20. — Dijon (motifs), 14 mai 1862, D., 62. 2. 121, S., 62. 2. 449. — Trib. d'Arbois, 4 juil. 1868, D., 69. 3. 7, S., 69. 2. 88. — Rouen, 25 nov. 1868, D., 69. 2. 76, S., 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883, S., 85. 2. 50. — Paris, 19 nov. 1887, D., 88. 2. 176, S., 88. 2. 29. — Bruxelles, 11 juin 1890, D., 91. 2. 249. — Dijon, 14 janv. 1891, D., 91. 2. 223. — Besançon, 29 janv. 1896, D., 97. 2. 305, et la note de M. Biville. — Caen, 13 déc. 1897, D., 98. 2. 505, et la note de M. Biville, S., 98. 2. 64.

C'est ce qui se produira notamment dans les hypothèses suivantes [1].

1° Lorsqu'une excuse proposée par un tuteur ou un subrogé tuteur a été rejetée par le conseil de famille (art. 440 et 426, al. 1).

2° Lorsque le conseil de famille a prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 448 et 426, al. 1).

3° Supposons que le conseil de famille, agréant les excuses du tuteur ou du subrogé tuteur, nomme à sa place une autre personne, celle-ci aura le droit de se pourvoir devant le tribunal. Ses intérêts sont en effet directement lésés par la décision du conseil de famille et elle doit être admise à démontrer que le tuteur ou le subrogé tuteur a été indûment excusé.

4° On pourrait même décider, si du moins on ne reconnaît pas au conseil de famille des pouvoirs souverains en pareille matière, que la mère remariée peut, au nom de son intérêt personnel, attaquer la délibération du conseil de famille qui a refusé de la maintenir dans la tutelle de ses enfants du premier lit, et que son second mari devra être admis à se pourvoir avec elle [2].

5° Le tuteur pourra également en son nom personnel critiquer la délibération par laquelle le conseil de famille lui aura refusé l'autorisation de s'aider d'un administrateur salarié, ou aura fixé la dépense annuelle du mineur à une somme moindre que celle qu'il a proposée (art. 454). Il ne faut pas en effet que le conseil de famille impose au tuteur une charge trop lourde, ou le gêne abusivement dans son administration.

N° 2. Des personnes qui peuvent attaquer la délibération du conseil de famille et de celles contre lesquelles l'action doit être intentée.

428. I. Aux termes de l'art. 883 C. pr., les personnes qui peuvent attaquer la délibération dans l'intérêt du mineur sont les suivantes :

[1] Laurent, IV, n. 451; Aubry et Rau, I, § 96, p. 622.
[2] Nancy, 7 janv. 1899, D., 99, 2, 273 et les arrêts cités à la note 2 de la p. 497.

1° Le tuteur [1].

2° Le subrogé tuteur.

3° Les membres du conseil de famille. L'art. 883 leur reconnaît ce droit en termes absolus et sans aucune réserve. Donc la délibération peut être attaquée indistinctement par tous ceux qui font partie du conseil de famille.

Le recours est donc ouvert à ceux qui devaient être appelés au conseil de famille et qui n'ont pas été convoqués [2], mais non aux parents et alliés que la loi ne désignait pas pour faire partie du conseil de famille [3].

La délibération peut être attaquée par ceux qui, ayant été convoqués, ont pris part à la délibération et ont voté contre la décision arrêtée par le conseil de famille.

Nous irons même plus loin et nous déciderons que la demande peut être formée par ceux qui, ayant été convoqués, n'ont pas répondu à la convocation et même par ceux qui, ayant pris part à la délibération, ont voté pour la résolution adoptée par le conseil de famille ou y ont acquiescé après avoir voté contre elle. L'adhésion qu'ils ont donnée à cette délibération ne les empêche pas de former ensuite contre elle une demande en annulation. Car cette demande est formée, non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt du mineur, qu'il ne leur est pas permis de compromettre. L'argument que l'opinion contraire tire de l'art. 883 C. pr. ne nous paraît pas suffisant à faire écarter cette solution. Ce texte suppose sans doute que la demande est formée par un membre de la minorité du conseil de famille, mais il n'interdit pas à ceux qui ont voté la décision de revenir ensuite sur leur vote et d'attaquer la délibération [4].

(1) V. sur ce point Dijon, 14 janv. 1891, D., 91. 2. 223.

(2) Duranton, III, n. 479; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 204, texte et notes 5 et 8; Demolombe, VII, n. 339; Laurent, IV, n. 466; Huc, III, n. 319; Aubry et Rau, I, § 96, p. 616. — Caen, 13 déc. 1897, D., 98. 2. 505.

(3) Laurent, IV, n. 467; Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 1 *bis*. — Caen, 30 déc. 1857, S., 58. 2. 625. — Dijon, 13 janv. 1858, D., 60. 2. 179.

(4) Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 204, texte et notes 4, 7 et 8; Laurent, IV, n. 466; Huc, III, n. 319; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 2. — *Contra* Delvincourt, I, p. 112, note 7; Taulier, II, p. 37. — Cpr. Demolombe, VII, n. 338. D'après cet auteur, celui qui a voté la décision doit provoquer une nouvelle délibération du conseil de famille. Et si le conseil de famille persiste dans sa

Nulle autre personne n'a le pouvoir d'attaquer la délibération au nom du mineur. Ainsi l'action n'appartient pas au ministère public [1]. Il en est de même du juge de paix [2]. Sans doute, celui-ci est membre du conseil de famille, mais ce n'est pas lui que vise l'expression « membres du conseil » de l'art. 883 C. pr. Si, en effet, elle s'appliquait à lui, il faudrait décider, par identité de motifs, que l'action pourrait être dirigée contre lui. Or cela est inadmissible. Quant au mineur, nous ne pensons pas qu'il puisse lui-même former le recours. Cette solution est commandée par les principes généraux de la tutelle qui ne permettent pas au mineur d'agir par lui-même.

429. II. L'art. 883 C. pr. nous dit que la demande doit être intentée contre les membres du conseil de famille qui ont été d'avis de la délibération. Cette règle doit s'appliquer quelle que soit la cause pour laquelle le recours est formé : qu'il s'agisse d'un recours pour vice de forme ou d'une demande en annulation basée sur un motif tiré du fond [3].

Le juge de paix cependant ne doit pas être mis en cause, quel que soit le sens dans lequel il a opiné au sein du conseil de famille [4].

Dans le cas particulier où le tuteur exclu ou destitué de la tutelle se pourvoit, en son propre nom, contre la délibération du conseil de famille, la demande doit être formée contre le subrogé tuteur. Telle est la disposition de l'art. 448 C. civ., à laquelle l'art. 883 C. pr. n'a pas dérogé [5]. Mais il y a là une règle exceptionnelle qui ne doit pas être étendue. Ainsi la procédure de l'art. 883 C. pr. doit être suivie dans le cas

résolution, celle-ci, n'étant plus unanime, pourra être attaquée par le membre qui a provoqué la délibération.

[1] Demolombe, VII, n. 337; Laurent, IV, n. 467; Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 96, p. 610. — Orléans, 23 fév. 1837, S., 38. 2. 69.

[2] Demolombe, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 4.

[3] Laurent, IV, n. 468; Huc, III, n. 320; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 6. — *Contra* Zachariæ, I, § 204, texte et notes 11 à 13.

[4] Demolombe, VII, n. 343; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 7.

[5] Duvergier sur Toullier, II, n. 1178, note *b*; Duranton, III, n. 476 et 514; Demolombe, VII, n. 344; Laurent, Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 34. — *Contra* Toullier, II, n. 1178. — Paris, 11 août 1881, S., 82. 2. 62.

où la mère remariée attaque la délibération du conseil de famille qui ne l'a pas maintenue dans la tutelle [1]. Il en sera de même dans tous les cas où la délibération est attaquée par un tiers en son nom personnel [2] (arg. art. 441 C. civ.).

N° 3. Procédure à suivre.

430. S'agit-il d'une décision qui doit être soumise à l'homologation du tribunal, on peut se contenter de faire opposition à la demande en homologation (art. 888 C. pr. civ.). Si la délibération n'est pas sujette à homologation, ou si l'homologation est accordée [3], il faut agir par voie d'action. Le recours ainsi formé ne constitue pas un appel [4], car le conseil de famille, nous l'avons fait observer, n'est pas un tribunal. Le tribunal d'arrondissement devant lequel la demande est portée ne statue pas en appel. Et le jugement qu'il rendra sera lui-même susceptible d'être attaqué par le moyen de l'appel (art. 889 C. pr.). Dès lors, il n'y a pas lieu de suivre les règles de l'appel, notamment en ce qui concerne le délai dans lequel l'action en nullité de la délibération doit être intentée. La loi n'a édicté en cette matière aucune prescription particulière; elle a évidemment supposé que le recours sera formé avant que la décision soit ramenée à exécution.

Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le conseil de famille a été réuni.

Il n'y a pas lieu au préliminaire de conciliation (art. 883 C. pr.) et la cause est jugée sommairement (art. 884 C. pr.).

§ VII. *De la responsabilité des membres du conseil de famille.*

431. Dans le projet primitif, deux articles étaient consacrés à cette question. L'un déclarait responsables envers le mineur les membres du conseil de famille qui concourraient

(1) Montpellier, 14 mai 1883, S., 85. 2. 50. — Besançon, 29 janv. 1896, D., 97. 2. 305. — Trib. de Saint-Lô, 28 juil. 1897, D., 98. 2. 505 et la note de M. Biville.

(2) Aubry et Rau, I, § 96, texte et note 32.

(3) Cass., 7 avril 1875, D., 77. 1. 371 et la note.

(4) Note de M. Biville, D., 97. 2. 305.

à la nomination d'un tuteur insolvable, si celui-ci, par sa gestion, compromettait les intérêts du mineur. Aux termes du second article, les membres du conseil de famille encouraient la même responsabilité lorsque, convoqués par le subrogé tuteur à l'effet de changer le tuteur, ils n'auraient pas fait droit à sa demande [1]. Ces dispositions ne furent pas conservées dans la rédaction définitive. Dans le silence de la loi, c'est aux règles du droit commun qu'il faut se référer. Les membres du conseil de famille sont donc responsables envers le pupille, lorsque, par leur dol ou par leur faute, ils lui ont causé un préjudice, par exemple en nommant un tuteur notoirement insolvable [2], ou bien en autorisant une vente d'immeubles dans des conditions évidemment désavantageuses [3]. Les fonctions du conseil de famille doivent être prises au sérieux. La loi lui confie une mission importante et elle veut qu'il s'en acquitte d'une manière consciencieuse [4].

SECTION X

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE ET DE LA SUBROGÉE TUTELLE

432. *Observation.* Les règles que nous allons exposer sont communes à la tutelle et à la subrogée tutelle (art. 426). Pour abréger nos explications, nous parlerons seulement de la tutelle. Mais il sera bien entendu que tout ce que nous dirons de la tutelle devra être également appliqué à la subrogée tutelle.

433. En principe la tutelle est une charge obligatoire. Ceux auxquels elle est déférée ne peuvent pas s'y soustraire. C'est ce que nous dit l'art. 1370.

La tutelle est cependant dépouillée de son caractère obli-

[1] Locré, VII, p. 144.

[2] Si du moins celui-ci n'offrait pas, au point de vue moral, des garanties suffisantes. Cpr. Poitiers, 9 janv. 1905, D., 07. 2. 310.

[3] Proudhon, II, p. 326 s.; Duranton, III, n. 473; Demolombe, VII, n. 352; Vizé, I, n. 705; Huc, III, n. 324; Aubry et Rau, I, § 97, p. 627; Planiol, I, n. 1801.

[4] Cpr. Code civ. espagnol, art. 312 et 313.

gatoire dans deux hypothèses que nous avons précédemment indiquées.

Tout d'abord la mère survivante n'est pas tenue d'accepter la tutelle légale de ses enfants mineurs (art. 394).

En outre, la personne désignée pour gérer la tutelle n'est pas tenue d'accepter cette charge, lorsque la tutelle est organisée conformément à l'art. 10 de la loi du 24 juillet 1889. « *Si la mère est prédécédée, si elle a été déclarée déchue, ou si l'exercice de la puissance paternelle ne lui est pas attribué, le tribunal décide si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun* ». Il est incontestable que, lorsque la tutelle est organisée pendant le mariage, à la suite de la déchéance encourue, soit par le père seul, soit par les deux auteurs, le fardeau de la tutelle peut être décliné. Mais en est-il de même dans le cas où la déchéance de la puissance paternelle est encourue par l'un des deux auteurs après la mort de l'autre, ou par un ascendant investi de la tutelle ? Le texte paraît faire la distinction suivante : Si le père, investi de la tutelle légale par suite du prédécès de la mère, est déchu de la puissance paternelle, le tuteur nommé à sa place ne serait pas tenu d'accepter la tutelle (arg. des mots : si la mère est prédécédée) ; il en serait autrement dans le cas où la déchéance est encourue par un ascendant tuteur légal ou par la mère tutrice après le décès du père (car l'art. 10 ne prévoit pas cette hypothèse, les mots « si elle a été déclarée déchue » se référant uniquement au cas où la mère est déchue en même temps que le père). Une pareille distinction est bien peu rationnelle. Peut-être n'a-t-elle pas été voulue par le législateur. Les mots « si la mère est prédécédée » ont été insérés dans le texte sans qu'aucune explication en ait été donnée, et il est possible que cette insertion soit due à une simple inadvertance. Aussi a-t-on proposé de ne tenir aucun compte de ce membre de phrase. D'après cette interprétation, si la déchéance de la puissance paternelle ne se produit qu'après l'ouverture de la tutelle, quelle que soit la personne investie de cette tutelle (père ou mère survivant, ou ascendant), il y aurait toujours lieu à la nomination d'un tuteur datif, et le tuteur ne pourrait refuser la tutelle. Il est certain en effet que

si le père, la mère, ou l'ascendant chargé de la tutelle en était destitué pour une cause autre que la déchéance de la puissance paternelle, la règle générale devrait être appliquée. Il en serait de même dans le cas où le tuteur légal se trouverait exclu de la tutelle par suite de la déchéance de la puissance paternelle encourue antérieurement. Dès lors on ne comprendrait pas pourquoi la tutelle ne serait plus obligatoire dans le cas où le père est déchu de la puissance paternelle après le décès de la mère [1].

434. En dehors des cas que nous venons d'indiquer, la tutelle est une charge à laquelle on ne peut se soustraire. Tel est du moins le principe. Mais cette règle a ses exceptions. Dans certains cas particuliers, la loi admet le tuteur à se faire dispenser de la tutelle ; on dit alors qu'il existe une cause d'*excuse* à son profit. D'ailleurs l'excuse constitue un bénéfice pour le tuteur, bénéfice auquel il a le droit de renoncer ; s'il y renonce, il gèrera la tutelle.

Le législateur dispense en général plus volontiers de la tutelle le tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions que celui qui est en exercice. Pour employer les expressions de la loi romaine, notre législateur admet plus facilement l'excuse *a suscipienda tutela* que l'excuse *a suscepta tutela*. C'est ainsi que l'art. 433 autorise celui qui a soixante-cinq ans accomplis au moment où la tutelle lui est déférée à la refuser, tandis qu'il n'autorise un tuteur en exercice à se faire décharger de la tutelle qu'à soixante-dix ans. Voyez aussi les art. 436 et 437. Il y en a deux raisons : d'une part, il est moins pénible de continuer une gestion que de la commencer ; d'autre part, la substitution d'un tuteur à un autre au moment où la tutelle est déférée est moins préjudiciable au mineur que le remplacement d'un tuteur en exercice par un autre tuteur, ce remplacement entraînant nécessairement un changement d'administration presque toujours préjudiciable aux intérêts du mineur.

[1] Aubry et Rau, I, § 102, note 3 *ter*, et § 106, note 1 *ter*.

I. *Causes légales d'excuse.*

435. Le législateur nous indique six causes d'excuse, savoir : 1° certaines fonctions ou services publics; 2° la qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il existe dans un rayon rapproché un parent ou un allié en état de gérer la tutelle; 3° la vieillesse; 4° les infirmités graves; 5° le nombre des tutelles; 6° le nombre des enfants. A ces six causes il faut en ajouter une septième : le sexe. Les causes d'excuse indiquées par la loi s'appliquent à toutes les tutelles sans aucune distinction. Elles peuvent donc être invoquées par le tuteur légal ou testamentaire aussi bien que par le tuteur datif (art. 401, 405) (1).

Etudions successivement ces diverses causes d'excuse :

436. I. *Certaines fonctions ou services publics.*

A. *Sont dispensés de la tutelle : Les personnes désignées » sous les titres* III, V, VI, VIII, IX, X *et* XI *de l'acte du 18 mai » 1804* » (art. 427 al. 1 et 2). Aujourd'hui, par suite de la suppression de plusieurs des titres ou fonctions visés par l'acte du 18 mai 1804, cette dispense ne s'applique plus qu'aux conseillers d'Etat, aux sénateurs et aux députés. Il semble qu'il faille y ajouter les ministres. Ceux-ci étaient désignés dans la première édition du code. Les modifications qui ont été introduites dans les éditions suivantes ne semblent pas avoir eu pour but de leur enlever la dispense (2). Celle-ci s'appliquerait aussi aux maréchaux de France, s'il en était nommé, et il faudrait en dire autant des amiraux qui leur sont assimilés (L. du 17 juin 1841) (3).

B. « *Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le » procureur général et les avocats généraux en la même » Cour* » (art. 427 al. 3). — Ajoutez : les présidents, maîtres des comptes et référendaires, et le procureur général à la Cour des comptes (arg. art. 7 de la loi du 16 septembre 1807) (4).

(1) Demolombe, VII, n. 397; Laurent, IV, n. 495; Huc, III, n. 341; Aubry et Rau, I, § 106, p. 659.

(2) Demolombe, VII, n. 403; Huc, III, n. 341; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 2. — *Contra* Laurent, IV, n. 496.

(3) Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 1.

(4) Laurent, IV, n. 496; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 4.

C. « *Les préfets* » (art. 427 al. 4). Mais non les sous-préfets.

D. « *Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un » département autre que celui où la tutelle s'établit* » (art. 427 al. 5). Cette cause d'excuse s'applique aux notaires (arg. art. 1er de la loi du 25 ventôse de l'an XI).

E. « *Sont également dispensés de la tutelle. — Les mili- » taires en activité de service, et tous autres citoyens qui » remplissent, hors du territoire du Royaume, une mission du » Roi* » (art. 428). Par *territoire* il faut entendre le territoire continental de la France. Par suite, la dispense édictée par le texte profite à ceux qui sont chargés d'une mission dans une colonie française [1]. On décide généralement que, si la mission n'a qu'une courte durée, elle ne peut fournir une cause légale d'excuse [2].

F. L'art. 429 ajoute : « *Si la mission est non authentique, » et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la repré- » sentation faite par le réclamant, du certificat du Ministre » dans le département duquel se placera la mission articulée » comme excuse* ». C'est l'application pure et simple de ce principe que celui qui invoque un fait à l'appui de sa demande doit prouver ce fait, s'il est contesté.

Aux termes de l'art. 430 : « *Les citoyens de la qualité » exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle » postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en » dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger » pour cette cause* ». En acceptant la tutelle, à une époque où ils étaient investis d'une fonction dont ils auraient pu se prévaloir pour la refuser, ils sont censés avoir renoncé au bénéfice de l'excuse.

Autre est le cas où la fonction invoquée à titre d'excuse aurait été conférée au tuteur postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle. On lit à cet égard dans l'art. 431 : « *Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou » missions auront été conférés postérieurement à l'acceptation » et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conser-*

[1] Delvincourt, I, p. 286 ; Aubry et Rau, I, § 107, note 5.
[2] Demolombe, VII, n. 410 ; Aubry et Rau, I, § 107, note 6.

» *ver, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille,* » *pour y être procédé à leur remplacement. — Si, à l'expira-* » *tion de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur* » *réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle,* » *elle pourra lui être rendue par le conseil de famille* ». On admet généralement que le conseil de famille est, sur ce point, investi d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut donc maintenir dans ses fonctions le tuteur en exercice, malgré les réclamations de celui-ci ou celles de l'ancien tuteur. La loi dit en effet « pourra lui être rendue » (1). Le conseil de famille aurait le droit de donner la tutelle au tuteur excusé, non seulement dans le cas, seul prévu expressément par le texte, où les fonctions, services ou missions, dont parlent les art. 427 et 428, ont fourni une excuse *a suscepta tutela,* mais aussi dans celui où ils ont été invoqués par le tuteur pour se faire excuser *a suscipienda tutela.* Les raisons de décider sont les mêmes dans les deux hypothèses (2). Mais la question est rendue douteuse par les termes de l'art. 431 (3).

437. II. *La qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il existe dans un rayon rapproché un parent ou un allié en état de gérer la tutelle.*

« *Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'ac-* » *cepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans* » *la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en* » *état de gérer la tutelle* » (art. 432).

La tutelle est avant tout une charge de famille. Il convient donc que les étrangers à la famille n'en soient tenus que subsidiairement.

Remarquez que la qualité d'étranger à la famille est une excuse *a suscipienda tutela,* mais non *a suscepta tutela* (argument des mots : « ne peut être forcé d'*accepter* la tutelle »). Un tuteur étranger à la famille ne pourrait donc pas se faire décharger d'une tutelle dont il aurait commencé la gestion, sur ce fondement qu'un parent ou un allié en état de gérer

(1) Demolombe, VII, n. 414; Laurent, IV, n. 498; Aubry et Rau, I, § 107, note 12. — Cpr. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 627.

(2) Laurent, IV, n. 498; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 11.

(3) Demolombe, VII, n. 415.

la tutelle serait venu se fixer dans le rayon déterminé par notre article.

La loi dit : « Tout citoyen *non parent ni allié* ». Donc la cause d'excuse qui nous occupe ne peut pas être invoquée par un parent ou un allié. Le parent ou l'allié, qui a été investi par le conseil de famille des fonctions de tuteur, ne peut pas refuser la tutelle parce qu'il existe dans le rayon déterminé par notre article un parent ou un allié plus proche que lui, en état de gérer la tutelle. La loi veut que le conseil de famille ait une certaine latitude pour le choix du tuteur (1).

438. III. *La vieillesse.* — « *Tout individu âgé de soixante-* » *cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui* » *aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante-dix ans,* » *se faire décharger de la tutelle* » (art. **433**).

Le vieillard, qui, ayant soixante-cinq ans accomplis, a néanmoins accepté la tutelle dont il aurait pu se faire excuser aura le droit de demander à en être déchargé à soixante-dix ans accomplis (2). Cette solution cependant n'est pas sans soulever de sérieuses difficultés. Si l'on peut invoquer en sa faveur l'esprit de la loi, il faut reconnaître d'autre part qu'elle est en opposition avec le texte, qui paraît n'accorder la faculté d'invoquer l'excuse *a suscepta tutela* qu'à ceux qui ont été nommés *avant* l'âge de soixante-cinq ans (3).

Pour que la cause d'excuse établie par l'art. **433**, al. **2**, puisse être invoquée, il faut que le tuteur ait soixante-dix ans *accomplis*. En sens contraire, quelques auteurs allèguent que l'al. 2 de notre texte ne reproduit pas l'expression « accomplis » qui figure dans l'al. 1. Mais c'est là un argument *a contrario* qui n'a rien de décisif (4).

(1) Demolombe, VII, n. 418; Laurent, IV, n. 499; Aubry et Rau, I, § 106, p. 659. — On admet cependant que cette règle comporterait une exception au cas de collusion manifeste entre les membres du conseil de famille. Duranton, III, n. 488; Zachariæ, I, § 214, texte et note 4; Laurent, IV, n. 408 et 501; Aubry et Rau, I, § 106, note 3.

(2) Duranton, III, n. 489; Magnin, I, n. 372; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 629; Laurent, IV, n. 503; Huc, III, n. 343.

(3) Delvincourt, I, p. 286; Valette sur Proudhon, II, p. 335, note *c*; Chardon, *Puiss. tutel.*, n. 335; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 214, note 4; Demolombe, VII, n. 423; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 14.

(4) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 215, note 13; Demolombe, VII, n. 422;

439. IV. *Les infirmités graves.* — « *Tout individu atteint* » *d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la* » *tutelle. — Il pourra même s'en faire décharger, si cette* » *infirmité est survenue depuis sa nomination* » (art. 434).

Les infirmités sont donc une cause d'excuse, non seulement *a suscipienda,* mais aussi *a suscepta tutela.* Elles doivent être graves, ce qui est une question de fait, à apprécier par le conseil de famille, juge des excuses.

La loi entend désigner ici sous le nom d'*infirmités* des affections permanentes, telles que la cécité, la surdité..., et non une maladie dont on pourrait prévoir le terme normal.

Celui qui, étant atteint d'une infirmité grave, a néanmoins accepté la tutelle qu'il aurait pu refuser, pourra plus tard s'en faire décharger, si l'infirmité, s'étant aggravée, lui a rendu le fardeau de la tutelle intolérable.

440. V. *Le nombre des tutelles.* — « *Deux tutelles sont,* » *pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une* » *troisième. — Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé* » *d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde,* » *excepté celle de ses enfants* » (art. 435).

= *Deux tutelles,* c'est-à-dire deux patrimoines à gérer. L'excuse établie par notre article ne pourra donc pas être invoquée par celui qui serait tuteur de plusieurs frères entre lesquels le partage de la succession paternelle ou maternelle n'aurait pas encore été effectué [1].

On voit par l'alinéa 2 de notre article que la loi considère la qualité de père ou celle d'époux comme équivalant à une tutelle, parce que celui qui est époux ou père pourra être appelé plus tard à être tuteur de ses enfants nés ou à naître. Le législateur compte cette éventualité comme une réalité [2].

Laurent, IV, n. 502; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 15. — *Contra* Delvincourt, I, p. 118, note 2; Marcadé, II, n. 222; Zachariæ, *loc. cit.*

[1] Cpr. sur ce point Duranton, III, n. 491; Valette sur Proudhon, II, p. 337, note *b;* Demolombe, VII, n. 428; Laurent, IV, n. 505; Huc, III, n. 345; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 19.

[2] Celui qui est déjà chargé de deux tutelles ne peut pas refuser la tutelle de ses propres enfants. L'alinéa 1 de l'art. 435 ne s'applique pas à cette hypothèse. Demolombe, VII, n. 434; Laurent, IV, n. 506; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 18. — *Contra* Duranton, III, n. 491.

La loi ne distinguant pas, il y a lieu de décider : 1° que la qualité de père devrait être considérée comme équivalant à une tutelle, alors même que tous les enfants seraient majeurs. D'ailleurs le père peut être appelé à être tuteur de ses enfants au cas où ils seraient plus tard frappés d'interdiction ; 2° que la qualité d'époux pourrait être invoquée comme équivalant à une tutelle, même par celui dont la femme serait d'un âge trop avancé pour pouvoir lui donner des enfants.

441. VI. *Le nombre des enfants.* — « *Ceux qui ont cinq » enfants légitimes sont dispensés de toute autre tutelle que » celle desdits enfants. — Les enfants morts en activité de » service dans les armées du Roi seront toujours comptés pour » opérer cette dispense. — Les autres enfants morts ne seront » comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants » actuellement existants* » (art. 436).

= *Cinq enfants légitimes.* Donc les enfants adoptifs ne comptent pas. Avant la loi du 2 juillet 1907, il ne fallait pas non plus compter les enfants naturels. Mais il semble qu'aujourd'hui il en soit autrement. Le nouvel alinéa 5 de l'art. 389 déclare en effet l'art. 436 applicable à la tutelle des enfants naturels. Ce renvoi à l'art. 436 ne signifie pas seulement que celui qui a cinq enfants légitimes peut refuser la tutelle d'un enfant naturel. Dans l'esprit du législateur, qui a voulu assimiler, dans la plus large mesure possible, les enfants naturels aux enfants légitimes en matière de tutelle, il signifie probablement que les enfants naturels doivent être comptés, comme les enfants légitimes, au point de vue de la cause d'excuse édictée par l'art. 436. — Les enfants simplement conçus ne comptent pas non plus, suivant l'opinion générale. En effet, la fiction que l'enfant conçu est considéré comme déjà né n'est établie que dans l'intérêt de l'enfant. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* Or l'intérêt de l'enfant à naître est ici tout à fait hors de cause [1].

Aux termes de l'art. 437 : « *La survenance d'enfants pen- » dant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer* ».

[1] Toullier, II, n. 1154 ; Duranton, III, n. 493 ; Zachariæ, I, § 215, note 19 ; Demolombe, VII, n. 436 ; Laurent, IV, n. 507 ; Aubry et Rau, I, § 107, p. 664.

442. VII. *Le sexe.* — Nous avons vu que la mère peut refuser la tutelle que l'art. 390 lui défère de plein droit. Bien que la loi ne parle pas des autres ascendantes et qu'il faille considérer comme limitative la liste des excuses légales qui nous est donnée par les textes, on admet cependant en général que les ascendantes, nommées tutrices par le conseil de famille, peuvent se faire excuser, à raison de leur sexe. Les motifs de la loi paraissent favorables à cette solution. Puisqu'il est permis à la mère de décliner purement et simplement les fonctions de tutrice, à plus forte raison les ascendantes doivent-elles être autorisées à s'excuser; car elles sont plus âgées que la mère. Et si l'on admet que la mère peut se démettre de la tutelle, après l'avoir acceptée, il faut décider de même pour les ascendantes (1).

II. *Excuses de fait.*

443. La liste que nous avons donnée doit être considérée comme limitative. Les seules excuses qui puissent être invoquées sont celles qui résultent d'un texte, soit expressément, soit virtuellement. Qu'arrivera-t-il, si le conseil de famille dispense de la tutelle à raison de faits qui n'entrent pas dans l'énumération légale ? Nous pensons qu'en agissant ainsi, le conseil de famille excède ses pouvoirs. Par suite, la personne lésée par la délibération pourrait se pourvoir contre celle-ci, et le tribunal, devant lequel le recours serait formé, devrait annuler la décision attaquée. Et, à plus forte raison, si le conseil de famille refusait de tenir compte d'une pareille excuse, le tribunal n'aurait pas le droit de réformer sa décision (2). D'ailleurs, si nulle réclamation n'était élevée contre la délibération du conseil de famille qui aurait excusé le tuteur à raison d'un fait non prévu par la loi, celle-ci recevrait son exécution, et le tuteur nommé au lieu et place du tuteur irrégulièrement excusé devrait être considéré comme

(1) Duranton, III, n. 504; Zachariæ, I, § 214, texte et note 2; Demolombe, VII, n. 433; Aubry et Rau, I, § 107, texte et note 13. — *Contra* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 602.

(2) Trib. de la Seine, 2 nov. 1895, S., 96. 2. 116. — Demolombe, VII, n. 445 s.; Laurent, IV, n. 508; Huc, III, n. 348; Aubry et Rau, I, § 106, texte et notes 5 et 6.

le représentant du pupille. Les tiers ne pourraient par exemple refuser de plaider avec lui, s'ils ont un procès à soutenir contre le pupille, ou de s'acquitter entre ses mains, s'ils sont débiteurs du mineur.

Cette manière de voir est rejetée par la jurisprudence et quelques auteurs. Aux excuses légales, ils opposent les excuses dites *de fait*, fondées sur des causes non prévues par la loi, par exemple l'ignorance ou la pauvreté du tuteur. Le conseil de famille, juge des excuses, est tenu d'admettre toute excuse légale dont l'existence est prouvée. Quant aux excuses de fait, il aurait un pouvoir discrétionnaire pour les admettre ou les rejeter. Et si sa décision faisait l'objet d'un recours devant le tribunal civil, celui-ci pourrait maintenir la délibération par laquelle le conseil de famille aurait accepté une pareille excuse, ou, à l'inverse, pourrait admettre l'excuse rejetée par le conseil de famille [1].

III. *Délai accordé au tuteur pour proposer ses excuses et règles de procédure.*

444. C'est le conseil de famille qui est appelé à se prononcer sur les excuses invoquées par le tuteur. Celui-ci doit, en principe, proposer ses excuses dans un très bref délai. Il importe en effet de ne pas laisser trop longtemps en suspens les intérêts du mineur. La pensée de la loi sur ce point nous est révélée par les art. 438 et 439. Les règles concernant le délai imparti au tuteur varient d'ailleurs suivant les hypothèses.

445. S'agit-il d'une excuse *a suscipienda tutela*, il faut distinguer suivant que le tuteur est un tuteur datif, ou un tuteur désigné de plein droit par la loi ou nommé par le dernier mourant des père et mère.

La loi ne s'occupe expressément que du tuteur institué par le conseil de famille. C'est celui-ci qui est visé par les art. 438 et 439.

(1) Valette sur Proudhon, II, n. 340; Marcadé, II, n. 229 *bis*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 214, note 5; Demante, II, n. 186 *bis*, II; Beudant, II, n. 826 *in fine*. — Paris, 24 juil. 1835, S., 35. 2. 405. — Trib. de Senlis, 28 fév. 1894, D., 95. 2. 227, S., 94. 2. 218.

« *Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui* » *défère la tutelle, il devra sur le champ, et sous peine d'être* » *déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure,* » *proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille* » *délibérera* » (art. 438).

L'art. 438, édictant une déchéance, doit être interprété dans le sens le plus restrictif et le plus favorable au tuteur. Nous devrons donc décider que cette déchéance atteint seulement le tuteur qui assistait en personne à la délibération, et non pas celui qui était simplement représenté par un mandataire [1]. Ce dernier n'est pas *présent* dans le sens ordinaire du mot. Il serait injuste de le déclarer déchu par suite de l'abstention de son mandataire. Il ne prévoyait pas que la tutelle lui serait conférée. Et dès lors, il se peut qu'il n'ait pas donné à son représentant le mandat de proposer ses excuses le cas échéant.

Si le tuteur n'assistait pas en personne à la délibération, il devrait, dans le bref délai déterminé par l'art. 439, faire convoquer le conseil de famille à l'effet de délibérer sur ses excuses. L'art. 439 dit à ce sujet : « *Si le tuteur nommé n'a* » *pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il* » *pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer* » *sur ses excuses. — Ses diligences à ce sujet devront avoir* » *lieu dans le délai de trois jours à partir de la notification* » *qui lui aura été faite de sa nomination; lequel délai sera* » *augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance* [2] » *du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle :* » *passé ce délai, il sera non recevable* » (art. 439).

= *Passé ce délai, il sera non recevable.* La loi considère en pareil cas le tuteur comme ayant tacitement renoncé au bénéfice de l'excuse, et c'est pourquoi elle le déclare déchu du droit de s'en prévaloir. Nous en tirerons cette conséquence, qui est généralement acceptée : si la notification a

[1] Delvincourt, I, p. 287; Duranton, III, n. 494; Demolombe, VII, n. 452; Aubry et Rau, I, § 108, texte et note 2. — *Contra* Magnin, I, n. 379.

[2] Le délai supplémentaire est aujourd'hui d'un jour par cinq myriamètres (L. du 3 mai 1862 mod. l'art. 1033 C. pr.).

été faite au domicile du tuteur, en l'absence de celui-ci, le délai commence à courir seulement à dater du jour où il a eu connaissance de sa nomination. Car on ne peut présumer qu'il a voulu accepter une tutelle dont il ignorait avoir été investi par le conseil de famille ([1]).

Les règles édictées par les art. 438 et 439 s'appliquent incontestablement au subrogé tuteur, qui est toujours nommé par le conseil de famille (art. 426).

D'après quelques auteurs ([2]), la même déchéance devrait être appliquée, par voie d'analogie, au tuteur légitime ou au tuteur testamentaire qui a laissé passer, sans proposer ses excuses, le délai de trois jours à dater de celui où il a eu connaissance de l'événement qui l'a investi de la tutelle. — Mais on étend ainsi au tuteur légitime et au tuteur testamentaire une déchéance que nos articles ne prononcent que contre le tuteur datif. Or il est constant que les dispositions qui établissent des déchéances n'admettent pas l'interprétation extensive. Nous préférerions dire que, dans le silence de la loi, il y aurait lieu d'appliquer le droit commun au tuteur légitime et au tuteur testamentaire, et que par suite le conseil de famille aura toute latitude pour apprécier, d'après les circonstances, si la conduite du tuteur implique une renonciation tacite au bénéfice de l'excuse ([3]).

446. Les art. 438 et 439 s'occupent seulement des excuses *a suscipienda tutela*. L'art. 431 vise certaines excuses *a suscepta tutela;* ce sont celles des art. 427 et 428. Il accorde au tuteur, pour les proposer, un délai plus long que celui qui est établi, en vue des excuses *a suscipienda tutela,* par les art. 438 et 439. Ce délai est d'un mois à partir du moment où ont été conférés au tuteur les services ou missions qui confèrent la dispense. En ce qui concerne les autres excuses, la loi ne fixe aucun délai. Nous déciderons, en conséquence,

([1]) Duranton, III, n. 496; Demolombe, VII, n. 453; Aubry et Rau, I, § 108, note 4. — *Contra* Magnin, I, n. 380.

([2]) Delvincourt, I, p. 288; Magnin, I, n. 381; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 216, note 6.

([3]) Demante, II, n. 185 *bis*; Demolombe, VII, n. 454; Laurent, IV, n. 511; Huc, III, n. 347; Aubry et Rau, I, § 108, texte et note 5.

que ces sortes d'excuses pourront être proposées par le tuteur, tant qu'il n'aura pas renoncé à les faire valoir. Et comme, du reste, la loi semble elle-même l'indiquer, le conseil de famille devra se montrer plus large dans l'appréciation des faits que lorsqu'il s'agit d'une excuse *a suscipienda tutela*. Il convient en effet de laisser au tuteur un plus long délai pour prendre son parti [1].

447. Dans quelque sens que le conseil de famille se soit prononcé sur les excuses invoquées par le tuteur, sa délibération pourra faire l'objet d'un recours devant le tribunal civil, qui statuera sauf appel (C. pr., art. 889). Aux termes de l'art. 440 C. civ. : « *Si ses excuses sont rejetées, il [le tuteur] » pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire » admettre; mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer » provisoirement* ». Bien que l'art. 440 prévoie seulement le cas où les excuses ont été rejetées par le conseil de famille, il paraît certain que la délibération pourra également être attaquée, si le conseil de famille a accepté les excuses proposées par le tuteur. La demande pourra être introduite, soit par un membre du conseil de famille, soit par la personne dont la décision du conseil de famille a lésé les intérêts, par exemple par celui qui a été chargé de la tutelle à la place du tuteur indûment excusé [2].

Tant que durera le litige, le tuteur sera tenu de gérer provisoirement. Quelle que soit la décision qui terminera définitivement le débat, elle aura un effet rétroactif au jour où le tuteur a été investi de la tutelle. De là il résulte que, si le tuteur réussit en définitive à faire admettre ses excuses, il sera censé n'avoir jamais été tuteur; par suite, la gestion intérimaire qu'il aura accomplie en exécution de notre article ne sera pas considérée comme une tutelle et n'entraînera contre lui ni l'hypothèque légale de l'art. 2121, ni les incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

Enfin, aux termes de l'art. 441 : « *S'il [le tuteur] parvient » à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté*

[1] Laurent, IV, n. 511; Aubry et Rau, I, § 108, p. 667. Ce que nous disons au texte doit s'entendre également du subrogé tuteur.

[2] Laurent, IV, n. 512; Aubry et Rau, I, § 108, texte et note 6.

« *l'excuse, pourront être condamnés aux frais de l'instance* [1].
« *S'il succombe, il y sera condamné lui-même* ».

SECTION XI

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE

448. Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle s'appliquent aussi à la subrogée tutelle (art. **426** al. 1). Il existe une cause d'incapacité spéciale au subrogé tuteur. C'est celle qui est édictée par l'art. **423** [2].

D'un autre côté, la loi traite ici accidentellement des causes qui interdisent l'entrée dans le conseil de famille. Elles sont à peu près les mêmes que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

L'incapacité d'être tuteur diffère profondément de l'excuse. Cette dernière suppose l'aptitude à être tuteur : celui au profit duquel existe une cause d'excuse peut être tuteur, s'il le veut; il lui suffit pour cela de renoncer au bénéfice de l'excuse. Au contraire l'incapable ne peut pas être tuteur, alors même qu'il le voudrait, parce qu'il n'a pas l'aptitude requise pour remplir cette fonction.

Il ne faut pas confondre non plus l'incapacité avec l'exclusion ou la destitution. L'incapacité est fondée sur des causes étrangères à la volonté de l'incapable, telles que la minorité, le sexe, l'interdiction judiciaire; par suite, elle n'a rien de déshonorant pour celui qui en est frappé. L'exclusion et la destitution de la tutelle ont au contraire pour causes des faits personnels plus ou moins répréhensibles, tels que l'inconduite notoire, une gestion infidèle. L'exclusion ou la destitution porte donc toujours une atteinte plus ou moins grave à l'honneur et à la considération de celui qu'elle frappe. Cela posé, le législateur de 1889 a eu tort de qualifier d'*incapacité* l'inaptitude des parents à gérer une tutelle quand ils ont subi la déchéance de la puissance paternelle. C'est un cas d'exclusion de la tutelle.

[1] C'est une simple faculté pour le tribunal. Demolombe, VII, n. 458; Laurent, IV, n. 512. Aubry et Rau, I, § 108, note 7.

[2] Cpr. cep. Douai, 22 juil. 1856, S., 57. 2. 33.

L'exclusion et la destitution, qui se ressemblent au point de vue de la note d'infamie qu'elles infligent au tuteur, se ressemblent aussi ou plutôt s'identifient au point de vue de leurs causes : il résulte en effet des art. 443 et 444 que les causes d'exclusion et les causes de destitution sont les mêmes. Elles diffèrent en ce que l'exclusion est une mesure *préventive*, tandis que la destitution est une mesure *répressive* : on exclut le tuteur qui n'a pas encore commencé à gérer la tutelle à laquelle il est appelé; on destitue un tuteur en exercice [1].

I. *Des causes d'incapacité.*

449. La cour de cassation a raison d'établir en principe qu'il n'y a pas d'autres incapacités [2] d'être tuteur ou subrogé tuteur que celles qui résultent d'un texte formel de loi. Ici comme ailleurs, la capacité est la règle générale, l'incapacité l'exception, et il n'y a pas d'exception sans texte. On peut ajouter que les dispositions de la loi qui édictent les incapacités d'être tuteur doivent, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, être interprétées restrictivement.

Les causes d'incapacité, soit en ce qui concerne la tutelle, soit en ce qui concerne l'entrée au conseil de famille, sont énumérées par l'art. 442, ainsi conçu : « *Ne peuvent être* » *tuteurs, ni membres des conseils de famille : — 1° Les mineurs,* » *excepté le père ou la mère; — 2° Les interdits; — 3° Les* » *femmes, autres que la mère et les ascendantes, sauf en ce* » *qui concerne la tutelle des enfants naturels* [3]; *— 4° Tous* » *ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur* » *un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une* » *partie notable de ses biens, sont compromis* ».

[1] V. Demolombe, VII, n. 461 : Laurent, IV, n. 519.

[2] Cela est également vrai des causes d'exclusion ou de destitution. Cass., 13 oct. 1807, S., 7. 1. 473. — Caen, 15 janv. 1811, S., 12. 2. 206. — Cass., 16 déc. 1829, S., 30. 1. 156. — Cass., 12 mai 1830, S., 30. 1. 326. — Cass., 21 nov. 1848, S., 48. 1. 677. — Paris, 15 juin 1857, S., 58. 2. 103. — Toullier, II, n. 1171 ; Demolombe, VII, n. 468 s., 475 s. ; Laurent, IV, n. 513, 520; Huc, III, n. 350 et 355. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 92, texte et note 12, et § 104, p. 653.

[3] Les mots : « sauf en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels » ont été ajoutés par la loi du 2 juil. 1907.

En tout, quatre causes d'incapacité. Etudions-les. — Sont incapables :

1° *Les mineurs, excepté le père ou la mère.* Celui qui est incapable, à raison de son âge, de se défendre et de se protéger lui-même, ne pouvait pas être appelé à défendre et à protéger un autre incapable.

L'exception établie au profit du père et de la mère se justifie facilement : leur affection suppléera à l'inexpérience de leur âge.

2° *Les interdits.* La loi veut parler ici des interdits judiciairement ; elle atteint les interdits légalement par une autre disposition, celle de l'art. 443. Les interdits judiciairement sont incapables d'être tuteurs, parce qu'ils ne sont pas *compotes mentis* (1). Aux interdits il convient d'assimiler les personnes atteintes de démence ou d'imbécillité avérée, qu'elles soient ou non placées dans un établissement d'aliénés. La tutelle ne peut être confiée à un individu hors d'état d'émettre une opinion raisonnée (2). Mais celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas incapable d'être tuteur, sauf, s'il y a lieu, l'application de l'art. 444 (3).

3° *Les femmes, autres que la mère et les ascendantes. — Tutela est virile munus.* Les femmes ont ordinairement peu d'expérience des affaires ; on ne devait donc pas en principe leur confier la gestion des affaires d'autrui. L'exception établie au profit de la mère et des ascendantes se justifie d'elle-même : leur affection pour le mineur suppléera à leur inexpérience. Quant à l'exception établie par la loi du 2 juil. 1907, nous en indiquerons les motifs lorsque nous parlerons de la tutelle des enfants naturels.

Remarquez que la mère, quand elle est appelée à la tutelle, est tutrice de droit (art. 390). Les ascendantes au contraire ne sont jamais tutrices de droit (arg. art. 402 à 404 et de

(1) Gand, 13 fev. 1897, D., 99. 2. 27.

(2) Aubry et Rau, I, § 92, texte et note 6 ; Demolombe, VII, n. 469. — Cpr. Laurent, IV, n. 514 ; Huc, III, n. 350.

(3) Cass., 21 nov. 1848, D., 48. 1. 230, S., 48. 1. 677. — Demolombe, VII, n. 468 ; Laurent, IV, n. 15 et 538 ; Huc, III, n. 350. — *Contra* Duranton, III, n. 503 ; Magnin, I, n. 387 ; Zachariæ, I, § 212, texte et note 4 ; Aubry et Rau, I, § 92, texte et note 7 (cpr. § 105, p. 655, *in fine*).

ces mots de l'art. 405 : *sans ascendants mâles*) ; mais elles peuvent être nommées tutrices par le conseil de famille. Cpr. *supra*, n. 362.

4° *Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis.* — Il y a en pareil cas une telle opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur que la loi craint de ne pas trouver dans le tuteur un représentant impartial des intérêts du mineur, non seulement pour le procès dont il s'agit, mais pour tous les autres actes de la tutelle. De là l'incapacité dont la loi le frappe. La plupart des auteurs étendent la règle édictée par le texte au cas où le procès est soutenu par le mineur contre l'enfant ou le conjoint de la personne appelée à gérer la tutelle ou à faire partie du conseil de famille (1). Mais l'argument d'analogie qu'ils invoquent ne nous paraît pas assez puissant pour faire échec au principe de l'interprétation restrictive (2). — Pour que l'incapacité édictée par l'art. 442-4° existe, il faut que le procès d'où elle résulte soit actuellement pendant. Le texte est en effet formel. Il ne dit pas : « qui ont ou qui ont eu » ; il dit : « qui ont », ce qui suppose que le procès n'est pas actuellement terminé (3). La loi veut, en outre, que ce procès compromette l'état du mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens. Les tribunaux apprécieront si le litige a une importance suffisante pour entraîner l'incapacité édictée par le texte (4). Nous ne pensons pas que l'on puisse appliquer la disposition de l'art. 442-4° au cas où le procès intéresse l'état ou la fortune du tuteur ou du membre du conseil de famille. Il importe d'autant plus de s'en tenir strictement aux termes de la loi que, si l'on s'en écartait, on pourrait être entraîné très loin, et l'on arriverait fatalement à des solutions arbitraires.

(1) Delvincourt, I, p. 277; Duranton, III, n. 505; de Fréminville, I, n. 143; Zachariæ, I, § 212, texte et note 6; Aubry et Rau, I, § 92, texte et note 9.

(2) Marcadé, II, n. 234; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 201, note 23; Demante, II, n. 193 *bis*, II; Demolombe, VII, n. 475 et 476; Laurent, IV, n. 517; Huc, III, n. 350.

(3) Lyon, 24 fév. 1859, S., 59. 2. 655.

(4) Nîmes, 2 mars 1848, D., 48. 2. 58, S., 48. 2. 295. — Cass., 21 avril 1880, S., 81. 1. 75. — Cpr. Rouen, 30 juil. 1890, S., 91. 2. 37.

450. Telles sont les incapacités établies par la loi. La liste doit en être considérée comme limitative. Ainsi ne constituent des causes d'incapacité d'être tuteur, subrogé tuteur ou membre du conseil de famille :

Ni l'état de faillite ou de liquidation judiciaire (1).

Ni l'inimitié existant entre une personne et la famille du mineur.

Ni le fait que cette personne est créancière ou débitrice du pupille (2), ou dans l'indivision avec lui.

Nous déciderons de même que la qualité de tuteur ou de subrogé tuteur n'est pas incompatible avec celle de membre du conseil de famille. Le tuteur et le subrogé tuteur peuvent faire partie du conseil de famille (3).

Enfin, lorsqu'une délibération du conseil de famille a été annulée par la justice, les mêmes personnes peuvent composer le nouveau conseil de famille appelé à délibérer sur la question qui a fait l'objet de la décision annulée.

Si une personne appelée à faire partie du conseil de famille a, dans la délibération, un intérêt opposé à celui du mineur, elle n'est pas incapable pour cela d'y prendre part. Car il n'y a pas d'incapacité sans texte. Mais elle pourra être récusée par le juge de paix chargé de la composition du conseil. Si elle ne l'a pas été, la délibération pourra être attaquée, conformément au droit commun (4).

II. *Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.*

451. Les causes d'exclusion de la tutelle et les causes de destitution sont les mêmes. Elles sont énumérées limitativement par la loi. Les art. 443 et 444 disent à ce sujet : « *La » condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte*

(1) Demolombe, VII, n. 492 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commerc.*, VIII, n. 976 ; Aubry et Rau, I, § 104, texte et note 2 ; § 92, texte et note 5. — *Contra* Toullier, II, n. 1164 ; Duranton, III, n. 509.

(2) Paris, 10 juil. 1874, D., 76. 2. 188.

(3) Demolombe, VII, n. 519 ; Laurent, IV, n. 540 ; Aubry et Rau, I, § 92, p. 598. — Cpr. C. civ. italien, art. 251 ; espagnol, art. 299 ; portugais, art. 215.

(4) Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 200, texte et note 25 ; Laurent, IV, n. 539. — Trib. de Briey, 24 janv. 1878, D., 79. 3. 40. — Cpr. Demolombe, VII, n. 516. — *Contra* Caen, 29 déc. 1855, D., 56. 2. 291.

» *de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de* » *même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle* » *antérieurement déférée* » (art. 443). — « *Sont aussi exclus* » *de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice :* » — *1° Les gens d'une inconduite notoire ; — 2° Ceux dont la* » *gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité* » (art. 444).

Etudions ces diverses causes d'exclusion ou de destitution.

1° *Condamnation à une peine afflictive ou infamante.* Celui qui a été flétri par une condamnation aussi grave est indigne de gérer une tutelle. Aussi la loi dit-elle qu'il sera de plein droit exclu de toute tutelle, et que, s'il gérait une tutelle lors de sa condamnation, il en sera de plein droit destitué.

La disposition de l'art. 443 a été modifiée en deux sens différents par le code pénal. Aux termes des art. 28, 34, 42 et 335 al. 1 de ce code sont exclus ou destituables : les individus qui ont encouru la dégradation civique, soit comme peine principale, soit comme conséquence de la condamnation à une peine afflictive et infamante, et ceux qu'un tribunal jugeant correctionnellement a privés du droit d'être tuteurs ou membres d'un conseil de famille. Ces deux catégories de personnes peuvent cependant, sur avis conforme du conseil de famille, être admises à la tutelle de leurs propres enfants (art. 34 et 42 C. pén.), mais sous les restrictions suivantes. D'abord ceux qui sont en état d'interdiction légale ne peuvent être admis à cette faveur que lorsque l'interdiction légale a pris fin par la grâce ou l'expiration de leur peine. En second lieu, la restitution du droit de remplir les fonctions tutélaires ne peut être accordée à ceux dont la condamnation a entraîné la déchéance de la puissance paternelle. L. 24 juil. 1889, art. 8.

2° *Inconduite notoire.* Cette expression fait allusion au désordre des mœurs. Il est difficile d'admettre, avec plusieurs auteurs [1], qu'elle comprend en outre le désordre dans les affaires : la mauvaise gestion n'est pas une incon-

[1] Demolombe, VII, n. 484. Aubry et Rau, I, § 104, texte et note 2. — Bruxelles 22 juin 1867, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 169.

duite. La loi, ainsi qu'on va le voir à l'instant même, considère bien la mauvaise gestion comme constituant une cause d'exclusion de la tutelle, mais seulement quand elle est le fruit de l'incapacité. — Pour être une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, l'inconduite doit être notoire. La notoriété est une circonstance aggravante de l'inconduite, parce qu'elle suppose l'absence de toute pudeur ([1]).

3° *Gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité.* Quand un homme a déjà fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion de ses affaires ou de celles d'autrui, il serait dangereux de lui confier une tutelle. Il peut donc être exclu de la tutelle. Et, si c'est dans la gestion même de la tutelle dont il est chargé qu'il s'est montré incapable ou infidèle, il convient de lui retirer cette tutelle. Il pourra de même être destitué, s'il n'a pris aucun soin de la tutelle qui lui a été confiée ([2]).

Dans les deux cas prévus par l'art. 444 (inconduite notoire, gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité), l'exclusion ou la destitution du tuteur n'a pas lieu de plein droit, car il y a nécessairement place à une appréciation. Il faudra donc que l'exclusion soit prononcée. Par qui? Par le conseil de famille, juge de droit commun dans toutes ces matières ([3]). On lit à ce sujet, dans l'art. 446 : « *Toutes les fois qu'il y aura lieu à » une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil » de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou » d'office par le juge de paix. — Celui-ci ne pourra se dispen- » ser de faire cette convocation, quand elle sera formellement » requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au » degré de cousin germain ou à des degrés plus proches* ».

[1] V. sur ce point Cass., 12 mai 1830, *J. G.*, v° *cit.*, n. 356, S., 30. 1. 326. — Rouen, 24 janv. 1859, D., 60. 2. 24. — Cass., 15 mars 1864, D., 64. 1. 301. — Gand, 18 déc. 1880, S., 81. 2. 28, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 265. — Paris, 15 déc. 1898, S., 99. 2. 205. — *Adde* Demolombe, VII, n. 486; Laurent, IV, n. 523; Aubry et Rau, I, § 104, texte et note 10.

[2] Demante, II, n. 195 *bis*, II; Demolombe, VII, n. 484; Aubry et Rau, I, § 104, texte et note 9. — Toulouse, 18 mai 1832, S., 32. 2. 470. — Cass., 18 mars 1861, D., 61. 1. 432. — Aix, 7 janv. 1868, S., 69. 2. 141, D., 71. 2. 129. — Besançon, 31 août 1870, S., 71. 2. 162, D., 71. 2. 59. — Limoges, 17 mars 1896, S., 98. 2. 62. — Paris, 22 juil. 1901, D., 07. 2. 385.

[3] On ne peut intenter la demande *de plano* devant le tribunal. Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273.

Et l'art. 447 ajoute : « *Toute délibération du conseil de* » *famille, qui prononcera l'exclusion ou la destitution du* » *tuteur, sera motivée et ne pourra être prise qu'après avoir* » *entendu ou appelé le tuteur* ».

En général, les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées. La loi déroge ici à cette règle, afin que, si le tuteur interjette appel, comme il en a le droit, de la décision qui l'a exclu ou destitué, le tribunal puisse apprécier si cette décision était fondée ([1]).

Le conseil de famille ne peut pas prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur sans l'avoir préalablement entendu ou appelé. Le tuteur doit être mis à même de se défendre ([2]).

« *Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait men-* » *tion et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.* — » *S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homolo-* » *gation de la délibération devant le tribunal de première* » *instance, qui prononcera sauf l'appel* ([3]). — *Le tuteur exclu* » *ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé* » *tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle* » (art. 448) ([4]).

« *Les parents ou alliés qui auront requis la convocation* » *pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée* » *comme affaire urgente* » (art. 449).

Aux trois causes d'exclusion établies par les art. 443 et 444, la loi du 24 juillet 1889 en a ajouté une quatrième, qu'elle qualifie à tort d'*incapacité* (*Adde* L. 7 décembre 1874, 19 avril 1898 et 3 avril 1903). L'art. 8 de la nouvelle loi dit à ce sujet : « *Tout individu déchu de la puissance paternelle* » *est incapable d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou* » *membre du conseil de famille* ». Peu importe que la

([1]) Cpr. Douai, 26 oct. 1898, D., 00. 2. 31.

([2]) Cpr. Paris, 22 juil. 1901, *supra*.

([3]) Faut-il appeler en cause le tuteur destitué ? V. sur ce point Demolombe, VII, n. 503; Laurent, IV, n. 531; Huc, III, n. 356. — Nîmes, 8 juil. 1834, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 384, S., 35. 2. 198. — Paris, 8 déc. 1875, D., 78. 2. 51. — Sur le point de savoir si le tuteur peut faire appel du jugement qui a homologué la délibération prononçant sa destitution, ou former opposition à ce jugement, v. Nîmes, 8 juil. 1834, et Paris, 8 déc. 1875, *supra*. — Orléans, 12 janv. 1850, D., 50. 2. 60.

([4]) Cpr. Bordeaux, 29 déc. 1890, D., 92. 2. 368, S., 91. 2. 221.

déchéance soit légale ou judiciaire. — En sens inverse la déchéance de la tutelle n'entraîne pas déchéance de la puissance paternelle [1].

Enfin, les personnes déjà exclues ou destituées d'une tutelle sont indignes d'être chargées d'une nouvelle tutelle. Il y a, pour le décider ainsi, un argument *a fortiori* tiré de l'art. 445 [2].

III. *De l'exclusion du conseil de famille.*

452. « *Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une* » *tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille* » (art. 445).

La loi ne dit pas que les causes d'exclusion du conseil de famille sont les mêmes que les causes d'exclusion de la tutelle; elle dit, ce qui est tout à fait différent, que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un conseil de famille. L'entrée du conseil de famille est donc interdite, non à ceux chez lesquels existe une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, mais à ceux qui ont été effectivement exclus ou destitués d'une tutelle [3]. Et toutefois, comme la condamnation à une peine infamante opère de plein droit l'exclusion de toute tutelle, on doit en conclure qu'elle entraînerait de plein droit aussi l'exclusion de tout conseil de famille. *Adde* cas prévu par l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1889 (numéro précédent).

453. Nous avons terminé l'exposé des règles relatives à l'organisation de la tutelle. Nous avons indiqué les divers rouages de la tutelle et marqué à grands traits le rôle de chacun. Il nous reste maintenant à en examiner le fonctionnement. Pour faire cette étude, nous envisagerons spécialement l'action du tuteur, car c'est celui-ci qui est l'agent de la

[1] Poitiers, 21 juil. 1890, D., 91. 2. 73, et la note de M. de Loynes.

[2] Demolombe, VII, n. 510; Laurent, IV, n. 524 et 535; Huc, III, n. 355; Aubry et Rau, I, § 104, texte et note 8. — Cpr. Cass., 2 août 1876, D., 77. 1. 61.

[3] Ainsi on ne peut exclure une personne du conseil de famille, à raison de son inconduite notoire, à moins qu'elle n'ait été antérieurement exclue ou destituée d'une tutelle pour ce motif. Demolombe, VII, n. 514; Laurent, IV, n. 541; Huc, III, n. 355; Aubry et Rau, I, § 92, p. 599. — Cass., 13 oct. 1807, S., 7. 1. 473. — Cpr. Paris, 10 juil. 1874, D., 76. 2. 188.

tutelle ; c'est lui qui est chargé de représenter le pupille. Et c'est à raison de ses actes que les autres organes de la tutelle sont appelés à intervenir. En exposant le rôle du tuteur, c'est donc le fonctionnement même de la tutelle que nous examinerons.

Le tuteur est investi de certains pouvoirs, et à ses pouvoirs correspondent certaines obligations. Dans la section VIII du chapitre de la tutelle, la loi envisage le tuteur comme investi d'une double mission, l'une relative à la personne du mineur, l'autre relative à ses biens. « *Le tuteur* », dit l'art. 450 al. 1, « *prendra soin de la personne du mineur, et le représentera* » *dans tous les actes civils* ». La rubrique de notre section : *De l'administration du tuteur,* est donc incomplète, puisqu'elle ne nous représente le tuteur que comme le gardien des intérêts pécuniaires du mineur. On aurait mieux indiqué l'objet de la section en l'intitulant : *Des pouvoirs du tuteur sur la personne et sur les biens du mineur.* Ce sont ces pouvoirs et ces obligations du tuteur que nous allons maintenant étudier.

SECTION XII

DES ATTRIBUTIONS DU TUTEUR RELATIVEMENT A LA PERSONNE DU MINEUR

454. Le soin de la personne du mineur n'est pas confié au tuteur dans tous les cas. A cet égard, plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

a. La tutelle de l'enfant mineur est gérée par le survivant de ses père et mère, tuteur de droit aux termes de l'art. 390. La puissance paternelle et la puissance tutélaire sont alors réunies dans les mêmes mains, et le survivant se trouve ainsi chargé tout à la fois du soin de la personne et de la gestion des biens du mineur. Il est commis à la garde de la personne, en sa qualité de père ou de mère. C'est au titre *De la puissance paternelle* qu'il faut aller chercher les règles par lesquelles se déterminent ses droits et ses devoirs [1]. La gestion

[1] Chardon, *Puiss. pat.*, n. 66 s.; Demolombe, VII, n. 374 s.; Laurent, V, n. 3 et 5; Vigié, I, n. 739; Huc, III, n. 370; Aubry et Rau, I, § 111, texte et

du patrimoine lui est confiée en qualité de tuteur et ce sont les principes de la tutelle qui règlent ses devoirs et ses attributions quant aux intérêts pécuniaires de l'enfant.

b. Le survivant des père et mère ne gère pas la tutelle de son enfant mineur, soit, s'agissant de la mère, qu'elle ait refusé la tutelle (art. 394), soit, s'il s'agit du père, qu'il s'en soit fait excuser, soit enfin que le survivant ait été écarté de la tutelle comme incapable ou même exclu ou destitué de la tutelle. Le tuteur, nommé à la place du survivant, sera chargé de la gestion des biens du mineur; mais le survivant restera investi de la puissance paternelle, et chargé à ce titre du soin de la personne du mineur. C'est ce qui résulte par argument des art. 372 et 373, qui accordent la puissance paternelle au père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, sans distinguer s'il est ou non tuteur [1].

c. Les père et mère sont décédés, ou bien le survivant est vivant, mais incapable en droit ou en fait d'exercer la puissance paternelle : — *en droit*, si par exemple il est interdit ou s'il se trouve déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889; — *en fait*, s'il est absent ou atteint d'aliénation mentale. Alors l'exercice de la puissance paternelle se réunit à la puissance tutélaire dans la personne du tuteur.

455. L'exercice de la puissance paternelle appartient-il alors au tuteur avec la même étendue qu'au survivant des père et mère? Non, et cela sous les points de vue suivants :

1° Le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, a le droit d'éducation dans toute sa plénitude : c'est lui qui détermine souverainement de quelle manière l'enfant sera élevé et quelle somme devra être dépensée annuellement à cet effet. Tout autre tuteur n'exerce le droit d'éducation que sous le contrôle du conseil de famille, qui est investi pour ce

Code S. — Grenoble, 11 août 1854, S., 54. 2. 583. — Cass., 5 mars 1855, S., 55. 1. 283. — Cpr. Paris, 21 août 1853, S., 53. 2. 297. — Montpellier, 17 fév. 1854, D., 57. 1. 273. — Cass., 8 juil. 1857, S., 57. 1. 721. — Bordeaux, 13 juin 1860, S., 61. 2. 75.

[1] Trib. civ. de la Seine, 3 mars 1906, D., 06. 5. 46.

cas du droit de fixer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur (art. 454), et devient ainsi dans une certaine mesure l'arbitre de la destinée du mineur en ce qui concerne son éducation. La plupart des auteurs et la jurisprudence vont même beaucoup plus loin. S'inspirant de la tradition et de la disposition de l'art. 454, ils décident que le conseil de famille peut, en ce qui concerne l'éducation du mineur, donner au tuteur des instructions auxquelles celui-ci sera tenu de se conformer (1). Cette solution peut, à bon droit, être critiquée. L'art. 450, al. 1, confère au tuteur le soin de la personne du mineur. C'est donc au tuteur et non au conseil de famille qu'il appartient de diriger l'éducation du pupille. Quant à l'art. 454, il ne confère au conseil de famille que des attributions limitées, et, dérogeant à un principe général, il ne peut être étendu (2).

2° Le tuteur, autre que le survivant, ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition et avec l'autorisation du conseil de famille : « *Le tuteur qui aura des* » *sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur,* » *pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y* » *est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mi-* » *neur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre* » de la Puissance paternelle » (art. 468). Au contraire le survivant des père et mère n'est jamais soumis, pour l'exercice du droit de correction, à l'autorité du conseil de famille.

3° Dans certains cas, le tuteur est tenu de se faire autoriser par le conseil de famille, alors que le père ou la mère n'y est pas obligé. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'autoriser le mineur à contracter un engagement militaire (L. du 21 mars 1905, art. 50-6°), ou de confier l'enfant mineur de seize ans

(1) Sauf le droit, pour le tuteur, d'attaquer devant le tribunal la délibération du conseil de famille. Toullier, II, n. 1205; Duranton, III, n. 528 et 529; Valette sur Proudhon, II, p. 356, II; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 360; Demante, II, n. 212 *bis*, I; Demolombe, VII, n. 535 s.; Zachariæ, I, § 219, texte et note 33; Huc, III, n. 371; Vigié, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 1878. — Cpr. Beudant, II, n. 832. — Colmar, 9 juil. 1894, D., 95. 2. 541. — Cpr. Colmar, 19 nov. 1857, D., 59. 2. 36, S., 58. 2. 21.

(2) Magnin, *op. cit.*, I, n. 607; Laurent, V, n. 1 s. — Cpr. Paris, 15 avril 1904, D., 06. 2. 323.

à une association de bienfaisance ou à un particulier qui en accepte la charge (L. du 24 juil. 1889, art. 17).

4° Enfin, il y a un attribut de la puissance paternelle, que la loi accorde au survivant et qu'elle refuse à tout autre tuteur, c'est la jouissance légale. Sans parler du droit qui appartient au survivant d'émanciper son enfant (art. 477) et de consentir à son mariage (art. 148) ou à son adoption (art. 346), tous droits qui sont refusés au tuteur en cette qualité. V. art. 160, 478 et 479.

Mais le tuteur peut placer le mineur en condition. Il peut faire pour lui un contrat d'apprentissage (L. du 22 fév. 1851). Il peut *provoquer* son émancipation (art. 478 et 479). Il peut aussi, avec l'autorisation du conseil de famille, faire opposition au mariage du mineur, dans les cas prévus par l'art. 174 (art. 175).

En résumé, le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, conserve en principe dans toute sa plénitude la puissance paternelle sur son enfant mineur et non émancipé. A défaut du survivant, l'exercice de la puissance paternelle passe au tuteur, mais avec des restrictions : la loi ne lui confie le droit d'éducation et par suite le droit de garde et le droit de correction que sous l'autorité et le contrôle du conseil de famille [1].

Si le tuteur, en cette qualité, a, sur la personne du mineur, des pouvoirs moindres que ceux qui appartiennent au père et à la mère, il est aussi tenu d'obligations moins étendues. Sans doute, il doit veiller à l'entretien et à l'éducation de son pupille, mais il n'est pas obligé d'y pourvoir à ses frais. Cela résulte de l'art. 365. La loi impose au tuteur officieux l'obligation de subvenir aux frais d'entretien et d'éducation du pupille. Mais c'est là, il est facile de le voir, une disposition exceptionnelle, spéciale au tuteur officieux et qui ne peut être appliquée au tuteur ordinaire [2].

[1] V. cependant les auteurs et les arrêts cités *supra*, n. 377, d'après lesquels l'exercice de la puissance paternelle n'est pas alors inséparable de la puissance tutélaire, et qui reconnaissent au dernier mourant des père et mère la faculté de confier l'éducation et la garde de l'enfant à une personne autre que le tuteur. Nous avons critiqué cette manière de voir.

[2] Sur les attributions du tuteur quant à la personne du pupille, V. Codes civils

SECTION XIII

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AU TUTEUR EN CE QUI CONCERNE LES BIENS DU MINEUR

456. Ces obligations peuvent être divisées en trois classes :

1° Celles qui sont imposées au tuteur antérieurement à son entrée en fonctions ou au moment où il en commence l'exercice, et dont il ne peut être question pendant le cours de la tutelle;

2° Celles dont le tuteur est tenu, soit lors de l'ouverture de la tutelle, soit postérieurement;

3° Celles qui lui incombent seulement après qu'il a commencé sa gestion.

Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacune de ces trois classes d'obligations.

§ 1. *Des obligations qui sont imposées au tuteur avant son entrée en fonctions, ou dont il doit s'acquitter dans un bref délai depuis l'ouverture de la tutelle.*

457. Le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, ou dans un bref délai à dater du jour où il a été investi de la tutelle : 1° provoquer la nomination d'un subrogé tuteur; 2° faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle de l'administration de ses biens; 3° faire déterminer par ce même conseil la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédent du revenu sur la dépense. Examinons ces divers points.

N° 1. Obligation de faire nommer un subrogé tuteur.

458. En ce qui concerne cette obligation, nous nous sommes déjà expliqués. V. *supra*, n. 379.

portugais, art. 224, 243; espagnol, art. 263, 264, 269; italien, art. 277 à 280; allemand, art. 1793 s., 1800, 1801, 1838; autrichien, art. 217; néerlandais, art. 442. — Sur les législations cantonales suisses, v. Lardy, *op. cit.*, *passim*.

N° 2. Obligation pour le tuteur de faire déterminer approximativement par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que les frais d'administration de ses biens.

459. L'art. 454 al. 1 dit à ce sujet : « *Lors de l'entrée en » exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le » conseil de famille règlera par aperçu, et selon l'importance » des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la » dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administra- » tion de ses biens* » (1).

La fixation, par le conseil de famille, du budget de la tutelle est prescrite à la fois dans l'intérêt du mineur et dans l'intérêt du tuteur.

D'abord c'est dans l'intérêt du pupille que la loi fait intervenir le conseil de famille. Celui-ci pourra donner au tuteur d'utiles indications. Le tuteur n'est pas d'ailleurs strictement tenu de se conformer à ces indications. L'art. 454 nous dit en effet que le conseil règlera, *par aperçu*, c'est-à-dire d'une manière approximative, la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur. Le tuteur pourra donc dépasser cette somme et porter en compte l'excédent de la dépense. Seulement, lors de la reddition des comptes de la tutelle, l'ex-pupille ou ses représentants pourront contester l'utilité de cette dépense supplémentaire, et si la dépense est jugée inutile, c'est le tuteur qui la supportera (2).

L'intervention du conseil de famille présente pour le tuteur une très grande utilité. Tant que le tuteur se tient dans les limites fixées par le conseil de famille, on ne peut lui contester l'utilité de ses dépenses, ni les réduire comme excessives. Il est couvert par la décision du conseil de famille. Dès lors, il pourra porter en compte toutes les dépenses faites réellement par lui. Il ne faut cependant rien exagérer. Le tuteur n'est pas obligé de dépenser toute la somme qui a été votée par le conseil de famille. Si ses dépenses s'élèvent à une somme inférieure, il ne sera pas autorisé à garder le reliquat,

(1) Cpr. Code civ. portugais, art. 224-8°; italien, art. 291; néerlandais, art. 446; autrichien, art. 219, 220; espagnol, art. 268.

(2) Demolombe, VII, n. 602 et 602 *bis*; Aubry et Rau, I, § 112, p. 692.

et il en sera comptable envers le mineur. Il ne faut pas oublier, en effet, que le règlement du conseil de famille est un règlement approximatif [1].

Les considérations que nous venons d'exposer nous indiquent quelle est la sanction de l'obligation imposée au tuteur par l'art. 454, al. 1. S'il a omis de faire régler par le conseil de famille le budget de la tutelle, il pourra se voir contester l'utilité des dépenses faites par lui, et les tribunaux peuvent se montrer sévères dans leur appréciation [2].

460. La règle édictée par notre texte souffre exception au cas de la tutelle des père et mère; l'exception n'est pas subordonnée, comme dans le cas de l'art. 453 (*infra*, n. 481) à l'existence de leur droit d'usufruit [3]. C'est donc le père ou la mère, investi de la tutelle, qui règle lui-même la dépense du mineur. La raison en est que le survivant des père et mère concentre entre ses mains la puissance paternelle et le pouvoir tutélaire. La loi n'a pas voulu qu'il fût placé sous l'autorité du conseil de famille, en ce qui concerne l'éducation de l'enfant.

461. Il est une hypothèse qui offre certaines difficultés. Que faut-il décider si, le survivant des père et mère conservant l'exercice de la puissance paternelle, les fonctions de tuteur se trouvent conférées à une autre personne ? Si le père ou la mère survivant a la jouissance légale des biens de l'enfant, ni le tuteur ni le conseil de famille n'ont à intervenir; car le père ou la mère est tenu de pourvoir à la dépense du mineur et ne doit aucun compte de l'excédent des revenus, s'il y en a. La question est plus délicate dans le cas où le survivant des père et mère n'a pas ou n'a plus le droit de jouissance légale. C'est alors le tuteur qui a le maniement des fonds du pupille. Le conseil de famille peut lui donner des instructions touchant la dépense annuelle du

(1) Laurent, V, n. 23; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Demolombe, VII, n. 603; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 34 *ter*.

(3) Cass., 19 avril 1886, D., 87. 1. 171. S., 90. 1. 109. — Bordeaux, 5 déc. 1899, D., 00. 2. 380. — Cpr. Lyon, 18 mai 1869, D., 70. 2. 5. — Cass., 20 déc. 1869, D., 71. 1. 310. — Douai, 23 nov. 1874, D., 76. 2. 83. — Paris, 29 janv. 1890, D., 91. 2. 237.

mineur. Mais, d'autre part, la loi veut que le père ou la mère, exerçant la puissance paternelle, soit indépendant du conseil de famille, et elle lui reconnaît le droit de fixer le mode d'éducation de l'enfant et, par suite, les dépenses que cette éducation entraîne. Comment concilier ces principes contradictoires ? Dans la pratique, la question, en général, se résoudra aisément. Le conseil de famille se contentera de régler approximativement la dépense d'administration et il ne statuera pas sur les dépenses personnelles du mineur. Le tuteur n'aura, sur ce dernier point, aucune responsabilité. Il fournira au père ou à la mère les sommes que celui-ci lui demandera, pourvu que justification lui soit fournie de leur affectation aux besoins du mineur. Si le conseil de famille a pris une délibération concernant les frais de l'entretien et de l'éducation de l'enfant, le tuteur agira prudemment en se conformant à sa décision; mais le père ou la mère pourra se pourvoir contre la délibération, s'il considère qu'elle porte atteinte à ses droits [1].

462. Le conseil de famille, aux termes de l'art. 454 al. 1, doit fixer par aperçu deux sortes de dépenses :

1° Il règlera la somme que le tuteur pourra dépenser annuellement pour la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il devra tenir compte de la fortune et de la position sociale de celui-ci. En principe, le conseil de famille ne doit pas allouer pour la dépense annuelle du mineur une somme supérieure à son revenu; il doit même, si c'est possible, allouer une somme inférieure, de manière à permettre au tuteur de réaliser des économies. Toutefois, si les revenus du mineur sont insuffisants, le conseil de famille peut ordonner que son capital sera consacré en tout ou en partie aux frais de son éducation et, à plus forte raison, de son entretien. Il n'est pas nécessaire que cette décision du conseil de famille soit homologuée par le tribunal; la loi ne l'exige pas [2].

[1] Demolombe, VII, n. 632.

[2] L'homologation judiciaire serait nécessaire si, pour exécuter la décision du conseil de famille, le tuteur devait aliéner ou hypothéquer un immeuble du pupille ou contracter un emprunt. Car, pour des actes de cette nature, il faut au tuteur l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Demolombe, VII, n. 601. — *Contra* Delvincourt, I, p. 123, note 2.

Si le tuteur avait pris sur le capital du mineur pour subvenir aux frais de son entretien ou de son éducation, sans s'y être fait préalablement autoriser par le conseil de famille, il aurait néanmoins le droit de porter cette dépense en compte ; seulement l'utilité pourrait en être contestée, et il pourrait arriver qu'elle ne fût pas allouée au tuteur. Arg. art. 471 al. 2 [1]. En se munissant préalablement de l'autorisation du conseil de famille, le tuteur prévient toute contestation sur l'utilité de la dépense.

L'allocation votée par le conseil de famille peut d'ailleurs être modifiée par lui au cours de la tutelle, suivant les circonstances. Si les faits démontrent qu'elle est insuffisante, le tuteur agira prudemment en provoquant une nouvelle délibération du conseil de famille.

2° Le conseil de famille doit également régler, par aperçu, la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle d'administration. La loi entend par là les frais généraux de la gestion et les faux frais (frais de correspondance et de voyages, par exemple) qu'entraîne nécessairement l'administration d'un patrimoine. Si l'occasion se présente de faire des dépenses exceptionnelles, le tuteur, s'il désire éviter des contestations sur l'utilité de ces dépenses, demandera au conseil de famille l'autorisation de les engager.

463. « *Le même acte* », dit l'art. 454 *in fine*, « *spécifiera si* » *le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plu-* » *sieurs administrateurs particuliers, salariés et gérant sous* » *sa responsabilité* ». C'est aux frais du mineur que ces administrateurs seront salariés. Ce sont des substituts du tuteur, *tutelæ adjutores*, et comme ils gèrent sous sa responsabilité, le tuteur a le droit de les choisir et de les révoquer à son gré.

Le tuteur aurait-il besoin de l'autorisation du conseil de famille pour se faire aider dans sa gestion par des administrateurs qu'il paierait de ses propres deniers? La négative

[1] Laurent, V, n. 133; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 5; Huc, III, n. 410. — Cass., 20 déc. 1869, D., 71. 1. 310, S., 70. 1. 51. — Douai, 23 nov. 1874, S., 76. 2. 318, D., 76. 2. 83. — Paris, 29 janv. 1890, D., 91. 2. 237. — Bordeaux, 5 déc. 1899, D., 00. 2. 380. — V. cep. Cass., 19 avril 1886, D., 87. 1. 171, S., 90. 1. 109.

paraît résulter de la disposition finale de notre article qui semble exiger l'autorisation du conseil de famille, moins pour permettre au tuteur de se faire aider dans sa gestion que pour lui permettre de porter en compte les frais de cette administration supplémentaire. La mesure dont il s'agit ne peut nuire au mineur, puisque le tuteur sera toujours responsable des administrateurs qu'il aura choisis; elle peut même être avantageuse au pupille. On ne voit donc pas pourquoi on exigerait l'autorisation du conseil de famille ([1]).

Mais le tuteur peut-il se faire remplacer par un mandataire général? En faveur de l'affirmative, on peut invoquer les considérations que nous venons de présenter et argumenter de l'art. 1994 qui reconnaît au mandataire la faculté de se substituer quelqu'un, même lorsque son titre ne l'y autorise pas. Malgré la gravité de ces motifs, la question cependant est douteuse. La tutelle est en effet une charge essentiellement personnelle. Le tuteur, choisi à raison des aptitudes qu'on lui suppose, ne peut certainement pas se dispenser de gérer. Or si on lui permettait de se substituer un mandataire général, cela équivaudrait à lui permettre de se désintéresser de la tutelle. Sans doute il resterait responsable des actes de son mandataire ([2]). Mais il se peut qu'il soit insolvable ou peu solvable, et il serait dangereux pour les intérêts du mineur qu'il pût se décharger de l'administration sur une autre personne qui ne présente peut-être pas les mêmes garanties de compétence et de probité. Aussi certains auteurs, s'inspirant de ces considérations, décident-ils que la procuration donnée par le tuteur n'est pas valable et que l'irrégularité commise par celui-ci peut motiver sa destitution par le conseil de famille. Ils ajoutent, ce qui nous paraît plus douteux, que le mandataire devra être traité comme un tuteur

[1] Demolombe, VII, n. 608; Laurent, V, n. 27; Huc, III, n. 412; Aubry et Rau, I, § 112, note 36 *bis*. — Caen, 11 fév. 1888, D., 88. 2. 315. — *Contra* de Fréminville, I, n. 201.

[2] Sur les conditions et l'étendue de la responsabilité du tuteur qui se substitue un tiers pour la gestion partielle ou totale de la tutelle, v. Paris, 31 mars 1876, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 617. — Caen, 11 fév. 1888, D., 88. 2. 315. — Rennes, 27 avril 1896, et Cass., 21 déc. 1897, S., 01. 1. 174, D., 98. 1. 382, et la note. — Cpr. Cass., 22 déc. 1897, S., 01. 1. 175, D., 99. 1. 83, et la note.

de fait [1], et que le mineur ou ses représentants auront le droit de demander l'annulation des actes qu'il aura passés, si les tiers qui ont traité avec lui ont été de mauvaise foi [2].

464. Le tuteur ne peut réclamer aucun salaire pour sa gestion [3]. Nul texte ne lui accorde ce droit, et l'art. 471 le lui refuse implicitement en ne mentionnant pas les honoraires du tuteur parmi les articles qui doivent figurer au passif du compte de tutelle.

Non seulement le tuteur ne peut réclamer aucun salaire, mais il ne peut même pas lui en être attribué par le conseil de famille. Dans la pratique, on voit souvent les conseils de famille arriver à constituer au tuteur, par une voie détournée, un véritable salaire. Ils lui allouent *à forfait,* pour les dépenses d'entretien et d'éducation du pupille et pour les frais d'administration, une somme déterminée, dont le tuteur est dispensé de rendre compte. Parfois même on abandonne ainsi au tuteur la totalité des revenus du mineur. Les tribunaux ont plusieurs fois validé ces allocations, bien qu'elles parussent évidemment exagérées, et beaucoup d'auteurs approuvent cette jurisprudence. Aucun texte, disent-ils, ne défend au conseil de famille de recourir à ce procédé, qui peut offrir, en fait, de sérieux avantages [4]. Mais si cette opinion était fondée, elle fournirait un moyen facile d'éluder la loi, qui défend d'allouer des honoraires au tuteur : il est clair que si, les frais d'administration pouvant s'élever annuellement à 500 fr. au *maximum,* le conseil de famille alloue au tuteur 1.500 fr. à forfait pour lesdits frais, il lui donne implicitement 1.000 fr. d'honoraires. A notre avis, les tribunaux ne doivent pas s'en rapporter purement et simple-

(1) Laurent, V, n. 27; Demolombe, VII, n. 609. — Cass. (motifs), 3 juil. 1877, S., 78. 1. 456, D., 78. 1. 56.

(2) Demolombe, *loc. cit.*

(3) Cpr. codes civ. italien, art. 305; néerlandais, art. 469; allemand, art. 1836; autrichien, art. 266, 267; espagnol, art. 276; portugais, art. 247; suédois, L. 18 avril 1884, art. 15. — Pour la Suisse, v. Lardy, *op. cit., passim.*

(4) De Fréminville, I, n. 25; Demolombe, VII, n. 604 et 610; Huc, III, n. 411; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 36. — Cpr. Cass., 18 avril 1854, S., 55. 1. 120, D., 54. 1. 387. — Dijon, 14 mai 1862, S., 62. 2. 449, D., 62. 2. 121. — Cass., 14 déc. 1863, D., 64. 1. 63, S., 64. 1. 21. — Douai, 5 avril 1865, S., 66. 2. 301, *J. G., Suppl.,* v° *cit.,* n. 339. — Grenoble, 8 fév. 1866, S., 66. 2. 184, D., 67. 2. 71.

ment au conseil de famille. S'ils sont saisis d'une contestation relativement aux comptes présentés par le tuteur, ils pourront sans doute valider l'allocation accordée par le conseil de famille, si elle ne leur paraît pas exagérée, et s'il est probable que le tuteur a dû la dépenser pour les besoins de la tutelle; mais dans le cas contraire, ils devront la réduire au montant des dépenses justifiées par le tuteur [1].

N° 3. Obligation de faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense.

465. Cette obligation est imposée au tuteur par l'art. 455, ainsi conçu : « *Ce conseil* [le conseil de famille] *déterminera* « *positivement la somme à laquelle commencera, pour le* « *tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la* « *dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois,* « *passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi* » (art. 455).

Le vœu de la loi est que le tuteur place dans le plus bref délai les économies qu'il pourra réaliser sur les revenus du mineur. Mais il était impossible, on le conçoit, d'imposer au tuteur l'obligation de placer *immédiatement* toute économie réalisée, si minime qu'elle fût. D'un autre côté, il eût été dangereux de confier au tuteur le soin de juger si les économies sont assez considérables pour être placées : il aurait pu laisser ainsi sans emploi des sommes d'une certaine importance. La loi a tout concilié en imposant au tuteur l'obligation de faire déterminer par le conseil de famille la somme passé laquelle il y aura lieu de placer les économies. Le conseil doit fixer *positivement* cette somme, dit notre article, tandis qu'il ne fixe que *par aperçu* (art. 454) la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur.

466. L'art. 456 contient la sanction de l'art. 455 : « *Si le* « *tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la* « *somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après* « *le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de*

[1] Laurent, IV, n. 24 et 25. — Paris, 6 nov. 1896, D., 97. 2. 70, S., 99. 2. 29.

» *toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit* ». Le tuteur devrait aussi les intérêts des intérêts, s'ils forment un excédent, quelque minime qu'il soit, du revenu sur la dépense [1]. Les intérêts ne commencent à courir qu'à l'expiration du délai de six mois fixé par l'art. 455 [2]. La loi a voulu en effet laisser au tuteur le temps de constater que les revenus excèdent les dépenses et de chercher un placement. Elle n'a pas indiqué le point de départ de ce délai; mais les considérations que nous venons d'indiquer nous conduisent à cette solution, que le délai commence à courir du jour où le tuteur a touché une somme qui, ajoutée à celles précédemment encaissées, atteint le chiffre fixé [3].

Les art. 455 et 456 donnent lieu à certaines difficultés d'interprétation. Nous les examinerons lorsque nous étudierons l'obligation imposée au tuteur de placer les fonds appartenant à son pupille (*infra,* n. 492 s.).

467. Il nous reste à examiner une question importante. L'art. 454, al. 1, dispense formellement le survivant des père et mère, investi de la tutelle de ses enfants mineurs, de l'obligation qu'il édicte à la charge du tuteur [4]. Les art. 455 et 456 ne contiennent aucune prescription de ce genre. Il en est de même de l'art. 454, al. 2. Faut-il en conclure que les dispositions de ces textes sont applicables aux père et mère investis de la tutelle légale ? Pour résoudre cette question, deux hypothèses doivent être distinguées.

I. Les art. 454, al. 2, 455 et 456 ne sont pas applicables au

[1] Il y aurait lieu alors au compte *par échelette*. Toullier, II, n. 1217 s. ; Duranton, III, n. 564 ; Magnin, I, n. 685 à 689 ; Demolombe, VII, n. 611 ; Laurent, V, n. 29 ; Aubry et Rau, I, § 112, note 38. — Rouen, 17 fév. 1842, S., 43. 2. 103, *J. G.*, v° *cit.*, n. 632. — Douai, 5 avril 1865, S., 66. 2. 301, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 339. — Cass. (motifs), 3 juil. 1877, S., 78. 1. 456, D., 78. 1. 56.

[2] Cpr. Toullier, II, n. 1215. — Bien entendu, si, en fait, le tuteur a employé à son profit les deniers encaissés, il en devra les intérêts (arg. art. 1996).

[3] Laurent, V, n. 31 (v. cep. n. 33) ; Huc, III, n. 413 ; Beudant, II, n. 842. — Orléans, 13 nov. 1890, D., 91. 2. 357 et la note, S., 92. 2. 216. — *Contra* Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 515. — Douai, 5 avril 1865, *supra*. D'après cet arrêt, le délai de six mois court à partir de l'arrêté de compte annuel. — Cpr. Magnin, *Minorité*, I, n. 688. — Rouen, 17 février 1842, S., 43. 2. 103, *J. G.*, v° *cit.*, n. 632. — Besançon, 1er avril 1863, D., 63. 2. 93.

[4] V. sur ce point Bordeaux, 5 décembre 1899, D., 00. 2. 380.

survivant des père et mère, ayant, en même temps que la tutelle de son enfant mineur, la jouissance légale de ses biens. Il y en a une raison péremptoire : l'excédent des revenus de l'enfant sur sa dépense appartient en pareil cas à l'usufruitier légal; il ne peut donc être question d'effectuer le placement de cet excédent pour le compte de l'enfant, ni par suite de faire déterminer par le conseil de famille les conditions de ce placement; de même si le tuteur veut s'aider d'agents salariés dans l'administration des biens de l'enfant, il ne peut être question de faire supporter les salaires par le mineur; car ces salaires sont pris sur les revenus.

II. Mais que faut-il décider si le survivant des père et mère est investi de la tutelle de son enfant sans avoir la jouissance légale des biens de celui-ci? Il y a sur ce point controverse et doute.

Un grand nombre d'auteurs décident que les art. 454, al. 2, 455 et 456 ne doivent pas être appliqués au père ou à la mère qui n'a pas la jouissance des biens de son enfant. Par conséquent, le père ou la mère pourrait, sans autorisation du conseil de famille, se faire aider par des administrateurs salariés, dont le mineur supporterait les honoraires. Et de même, le père ou la mère ne serait soumis à aucune règle spéciale en ce qui concerne le placement des économies réalisées sur les revenus (1). Sans doute le père ou la mère tuteur n'est pas exonéré de toute responsabilité à cet égard. Mais cette responsabilité sera appréciée d'après les principes du droit commun et non d'après les règles rigoureuses édictées par nos textes. Il conviendra de rechercher en fait si le tuteur a ou n'a pas agi en bon père de famille (2). En faveur de cette solution, on raisonne de la manière suivante : Sans doute, quand le législateur établit une règle, lui seul peut y apporter une exception; mais il n'est pas obligé de manifester sa volonté à cet égard *expressis verbis;* il a bien le droit

(1) Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 219, texte et notes 34 et 35; Demolombe, VII, n. 628; Vigie, I, n. 750, 752; Huc, III, n. 413; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 12; Planiol, I, n. 1905. — Cass., 24 déc. 1895, D., 96. 1. 321, S., 96. 1. 25.

(2) Demolombe, VII, n. 629; Aubry et Rau, I, § 112, p. 695. — Cpr. Cass., 17 nov. 1875, S., 75. 1. 253.

de ne la manifester que tacitement. Or c'est ce qu'il a fait dans le cas proposé. Son intention de créer au profit des père et mère une exception au droit commun apparaît bien clairement. Les art. 454, 455 et 456 appartiennent à la même série d'idées. L'art. 454, al. 1, étant déclaré inapplicable au survivant des père et mère, le législateur a dû vouloir qu'il en fût de même des dispositions qui suivent. Comment en douter quand on voit l'art. 457, qui suit immédiatement, venir dire : « Le tuteur, *même le père ou la mère...* » : langage qui n'aurait guère de sens, si les articles précédents étaient également applicables au père et à la mère? Enfin, cette solution est tout à fait conforme au système général admis par notre législateur, en matière de tutelle. Il a très largement tenu compte, dans l'organisation de la tutelle, des garanties que le pupille doit trouver dans l'affection de ses parents. Or, ce sont les père et mère qui offrent, à ce point de vue, le plus de garanties. L'on comprend, dès lors, que la loi se soit relâchée, à leur égard, de sa sévérité ordinaire et les ait soumis à un régime de faveur.

Cette manière de voir est très vivement contestée. On dit, en sens contraire, que les dispositions des art. 455 et 456 sont conçues dans les termes les plus généraux ; qu'elles doivent donc s'appliquer à tous les tuteurs, même au père ou à la mère, qui ne pourraient y échapper qu'en vertu d'une exception écrite dans un texte formel. On ajoute que cette solution est fondée en raison ; car, même quand la tutelle appartient au père ou à la mère, il importe d'avoir quelques règles en ce qui concerne le placement des deniers pupillaires, et il n'y en aura aucune, si les art. 455 et 456 ne sont pas applicables [1]. Quant à l'art. 454, les uns en écartent complètement l'application [2]. Les autres déclarent applicable seulement la disposition contenue dans l'al. 2 de ce

[1] Magnin, I, n. 689; de Fréminville, I, n. 271; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 659; Marcadé, II, n. 256; Demante, II, n. 213 *bis*, VII; Laurent, V, n. 39; Beudant, II, n. 842; Surville, I, n. 444. — Bordeaux, 5 août 1841, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 473. — Cpr. Poitiers, 8 juin 1859, D., 59. 2. 215. — Besançon, 1er avril 1863, D., 63. 2. 93.

[2] De Fréminville, Demante, *loc. cit.*; Laurent, V, n. 38.

texte [1]. Ils invoquent en ce sens un argument tiré des travaux préparatoires. Dans le projet, les deux alinéas de l'art. 454 actuel constituaient deux articles distincts ; le premier exceptait les père et mère de la règle édictée par lui ; le second, au contraire, ne faisait aucune distinction. En fondant ces deux textes en un seul et même article, on ne prit pas garde à l'exception établie par le premier (art. 454, al. 1) ; il y eut là, de la part des rédacteurs du code, une simple inadvertance. Enfin certains auteurs [2] vont même jusqu'à décider que l'art. 454, al. 1, doit être appliqué au père ou à la mère qui n'a pas la jouissance légale, et que l'exception établie par le texte profite seulement à l'usufruitier légal. On peut alors se demander quelle en est l'utilité !

Quel que soit le parti que l'on prenne sur la question que nous venons d'examiner, on doit décider que les art. 454, 455 et 456 seront applicables au survivant des père et mère, qui n'a pas le droit de jouissance légale, lorsque celui-ci est investi de la tutelle de ses enfants, à un titre autre que celui de tuteur légal. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le père, après s'être fait excuser de la tutelle, ou la mère, après l'avoir refusée, est nommé ensuite à la tutelle par le conseil de famille. Il s'agit alors d'une tutelle dative, non d'une tutelle légale. Or, la loi, dans les art. 454, 455 et 456, paraît avoir songé exclusivement à la tutelle légale. Elle parle en effet de la tutelle *des père et mère*, c'est-à-dire de la tutelle qui est conférée au père ou à la mère, en cette qualité de père ou mère [3].

Si la mère remariée est maintenue dans la tutelle par le conseil de famille, il semble qu'il faille faire au mari cotuteur l'application des art. 454 à 456 ; ces textes, en tant qu'ils établissent un régime d'exception, doivent en effet être interprétés restrictivement ; dès lors, il conviendrait d'appliquer également ces textes à la mère remariée, bien qu'elle soit tutrice légale [4]. Cpr. *supra*, n. 341.

[1] Duranton, Demolombe et Boustain, I, n. 658.
[2] Magnin, *op. cit.* ; Marcadé, II, n. 256.
[3] Demolombe, VII, n. 631.
[4] Demolombe, VII, n. 630. — Cass., 15 nov. 1898, S., 99. 1. 140.

§ II. *Des obligations imposées au tuteur soit à son entrée en fonctions, soit au cours de la tutelle.*

468. Le plus souvent, c'est au moment où le tuteur commence à gérer qu'il doit s'acquitter des obligations dont nous allons parler. Mais il se peut, quoique cela arrive plus rarement, que les faits qui y donnent lieu se produisent au cours de sa gestion.

N° 1. Obligation de requérir la levée des scellés.

469. « *Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomina-* » *tion, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des* » *scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiate-* » *ment à l'inventaire des biens du mineur, en présence du* » *subrogé tuteur* » (art. 451 al. 1).

La loi suppose qu'une succession s'est ouverte au profit du mineur. Le plus souvent, la mort du *de cujus* sera précisément le fait qui a donné ouverture à la tutelle. Par exemple, la tutelle s'ouvre par le décès du père ou de la mère dont le mineur recueille la succession; ou bien encore le tuteur décède, laissant le mineur comme héritier. L'art. 451 ne prévoit que cette hypothèse, qui est en effet la plus fréquente. Mais il se peut aussi que le mineur soit appelé à une succession ouverte au cours de la tutelle. L'art. 451 devra alors recevoir son application.

Dans le cas où une succession échoit au mineur, l'apposition des scellés n'est pas absolument nécessaire. L'art. 819 C. civ., qui prescrivait cette mesure, a été modifié par le code de procédure civile (art. 910 et 911). Il n'y a pas lieu d'apposer les scellés d'office, lorsque le mineur a un tuteur légal [1], ou lorsque son tuteur datif a été nommé avant l'ouverture de la succession. Seulement le tuteur peut requérir l'apposition des scellés, qui peut également être requise par les autres personnes dont la loi donne l'énumération.

470. Pour requérir la levée des scellés, au cas où ils ont été apposés, la loi fixe au tuteur un délai de dix jours. Aux

[1] Riom, 30 nov. 1885, D., 87. 2. 45.

termes de l'art. 451, ce délai commence à courir du jour où le tuteur a connu sa nomination. Cette disposition du texte ne peut évidemment s'appliquer qu'au cas où la succession s'est ouverte avant la nomination du tuteur et où ce tuteur est un tuteur datif. En ce qui concerne le tuteur légal ou testamentaire, le point de départ du délai est le jour où commence la responsabilité du tuteur, et s'il s'agit d'une succession ouverte au cours de la tutelle, le tuteur aura, pour requérir la levée des scellés, un délai de dix jours depuis le jour où la succession s'est ouverte (1).

N° 2. Inventaire des biens du mineur.

471. Aux termes de l'art. 451, al. 1, le tuteur est tenu de faire procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur. Cela suppose qu'une succession est échue à celui-ci, soit avant, soit après l'ouverture de la tutelle. Mais il est clair qu'il ne saurait être question d'inventaire, si le mineur n'a pas de biens personnels, ce qui arrivera généralement au cas où la tutelle est organisée par suite de la déchéance de la puissance paternelle.

L'inventaire a pour but : 1° de constater l'importance des biens que le tuteur prend en charge et dont il devra rendre compte lorsque ses fonctions cesseront ; l'inventaire devient ainsi l'un des éléments les plus importants de la reddition du compte de tutelle ; 2° de faire connaître approximativement le chiffre de la fortune du mineur, ce qui permettra au conseil de famille de régler le budget de la tutelle en proportionnant le chiffre des dépenses à celui des revenus (art. 454).

A ce double point de vue, il serait utile de donner dans l'inventaire l'état, la description et l'évaluation de tous les biens quelconques qui constituent la fortune du pupille (2). Mais l'art. 943 C. pr. n'exige que la description et l'estimation des meubles. Il ne parle pas des immeubles. Dans l'usage, on se contente le plus souvent de constater ceux-ci par l'énonciation des titres de propriété. Parfois aussi, on les

(1) Zachariæ, I, § 219, texte et note 2 ; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 1.
(2) Toullier, II, n. 1192 ; Demolombe, VII, n. 546 ; Aubry et Rau, I, § 112, p. 96.

énumère et on les décrit sommairement, mais sans les estimer.

Si le défunt dont le mineur est héritier n'a laissé aucun bien, il y a lieu de dresser un procès-verbal de *carence* (C. pr., art. 924).

472. L'obligation de faire procéder à l'inventaire est imposée *au tuteur,* en termes généraux. Elle pèse donc sur tout tuteur, quelle que soit sa qualité, par conséquent même sur le survivant des père et mère investi de la tutelle légale. Il est vrai que l'art. 451 parle de la *nomination* du tuteur, expression qui ne peut s'entendre que du tuteur datif. Mais il est certain qu'en se servant de cette expression les rédacteurs du code civil n'ont pas eu l'intention de soustraire le survivant des père et mère à l'obligation de faire inventaire. Car s'il fallait prendre à la lettre l'expression dont il s'agit, on devrait décider que tout tuteur légal, et non pas seulement le père ou la mère, est dispensé de faire procéder à l'inventaire.

473. On s'est demandé si la personne qui institue le mineur héritier peut accorder au tuteur la dispense d'inventaire. La négative paraît certaine, au cas où le *de cujus* laisse des héritiers à réserve. Si le mineur lui-même est héritier réservataire, la clause du testament portant dispense d'inventaire serait nulle pour la partie de la succession réservée à l'enfant; car le testateur ne peut porter atteinte au droit de réserve de celui-ci. Elle serait également frappée de nullité en ce qui concerne la quotité disponible, et cela sans distinguer si c'est le mineur ou un autre qui est héritier à réserve, car l'inventaire est nécessaire pour déterminer les parts respectives du réservataire et du légataire. Mais que faut-il décider, si le *de cujus* n'a pas d'héritier réservataire? Pour soutenir que la clause est valable, on invoque la maxime : qui peut le plus peut le moins. Le testateur, dit-on, pouvait laisser au tuteur la totalité de sa fortune. Il peut donc, lorsqu'il institue le mineur héritier, dispenser le tuteur de faire inventaire. C'était la solution admise par le droit romain (L. 13, § 2, *C. Just.,* V, 51). Nous pensons, pour notre part, que la dispense contenue dans le testament doit être

considérée comme non avenue. Telle était la solution admise, dans notre ancien droit, par un grand nombre d'auteurs, et consacrée par certaines coutumes. Le testateur ne peut disposer de ses biens qu'à la condition de respecter les règles d'ordre public. Or, la disposition de l'art. 451 paraît offrir le caractère d'une règle d'ordre public. Il est certain que le *de cujus* ne pourrait pas dispenser le tuteur de rendre compte : c'est donc que la règle « qui peut le plus peut le moins » n'a pas une portée absolue (1). Du reste, les auteurs qui admettent la validité de la dispense sont forcés de reconnaître qu'un inventaire devra néanmoins être fait, contradictoirement avec le subrogé tuteur, mais dans la forme privée.

474. L'inventaire, auquel le tuteur est tenu de faire procéder, doit être dressé dans la forme authentique (2) et conformément aux prescriptions du code de procédure civile (art. 941 s.). Cela résulte de l'art. 451, al. 2, où il est question d'une réquisition que l'*officier public* doit adresser au tuteur. L'inventaire doit être fait *en présence du subrogé tuteur* (art. 451, al. 1). Cela veut dire que le subrogé tuteur devra être requis d'y assister ; mais, s'il ne se rend pas à la convocation, on pourra procéder, sans lui, à la confection de l'inventaire. Le subrogé tuteur pourra d'ailleurs se faire représenter par un mandataire spécial (3).

475. Si le tuteur ne s'est pas conformé aux prescriptions légales, quelle est la sanction encourue par lui? L'inobservation de l'obligation qui lui est imposée peut entraîner pour lui les conséquences suivantes :

1° A défaut d'inventaire, le mineur ou ses représentants pourront recourir à tous modes de preuve pour établir la

(1) De Fréminville, I, n. 207 ; Magnin, I, n. 646 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 219, note 7 ; Demolombe, VII, n. 548 et 549 ; Demante, II, n. 208 *bis*-V ; Laurent, V, n. 40 ; Vigié, I, n. 743 ; Huc, III, n. 391 ; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 15. — *Contra* Delvincourt, I, p. 293 ; Marcadé, II, n. 252 ; Toullier, II, n. 1108 ; Duranton, III, n. 538 ; Zachariæ, I, § 219, texte et note 7. — Cpr. Troplong, *Donat. et test.*, I, n. 262.

(2) Demolombe, VII, n. 546 ; Vigié, Huc, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, I, § 112, note 4.

(3) Zachariæ, I, § 219, note 6 ; Demolombe, VII, n. 555 ; Huc, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, I, § 112, note 2. — *Contra* Proudhon, *De l'usuf.*, I, n. 165 ; de Fréminville, II, n. 201.

consistance et la valeur des biens dont le tuteur a pris l'administration. Ils pourront donc faire cette preuve, à l'aide de titres plus ou moins imparfaits, par témoins, ou par présomptions. Seront-ils autorisés à invoquer la commune renommée? On le leur permettait dans l'ancien droit, et la plupart des auteurs admettent également aujourd'hui l'affirmative. A l'appui de leur manière de voir, ils allèguent les textes du code qui, dans des cas analogues, autorisent la preuve par la commune renommée (art. 1415, 1504, 1442). Ces textes démontrent, disent-ils, que les rédacteurs du code n'ont pas entendu abandonner les errements traditionnels (1). En sens contraire, on fait remarquer, il est vrai, que la preuve par commune renommée est un mode de preuve exorbitant du droit commun; que pour déclarer cette preuve admissible, il faudrait un texte, qui fait ici défaut; et que ni les arguments tirés de la tradition historique, ni ceux qui sont fondés sur l'esprit de la loi ne peuvent prévaloir contre la règle de l'interprétation restrictive (2).

Il est également admis, d'une manière générale, que le juge, à défaut d'inventaire, peut déférer le serment *in litem* au mineur ou à ses représentants. C'était la règle admise autrefois, et l'art. 1369 C. civ. paraît favorable à cette solution (3).

2° On décide, en outre, que, suivant les circonstances, le tuteur qui n'a pas fait inventaire peut être considéré comme ayant encouru la déchéance édictée par l'al. 2 de l'art. 451 (4). S'il prétend avoir une créance contre son pupille, il pourra être déclaré déchu de son droit, s'il existe des présomptions graves que sa créance n'existait pas en réalité.

3° Aux termes de l'art. 1442, l'époux survivant, commun en biens, perd son usufruit légal sur les biens de ses enfants, s'il n'a pas fait procéder à la confection de l'inventaire.

(1) Valette sur Proudhon, II, p. 358, obs. III; Demante, II, n. 208 *bis*, IV; Marcadé, II, n. 250; Zachariæ, I, § 219, texte et note 8; Demolombe, VII, n. 569; Huc, III, n. 393; Aubry et Rau, I, § 112, note 6.

(2) Laurent, V, n. 11; Vigié, I, n. 743.

(3) Toullier, II, n. 1197; Zachariæ, I, § 219, texte et note 9; Demolombe, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*, et note 7. — *Contra* Magnin, I, n. 638.

(4) Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 112, p. 676.

4° Enfin, le tuteur est même passible de la destitution, si le défaut d'inventaire est une marque de son incapacité ou de son infidélité (arg. art. 444).

476. L'art. 451, al. 2, impose au tuteur, lorsqu'il est créancier de son pupille, une obligation particulière. « *S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal* ».

L'intelligence de ce texte offre quelque difficulté. Le tuteur, on le suppose, avait une créance contre la personne dont le mineur est héritier, contre le père du mineur par exemple. Si cette créance n'est pas encore soldée, le tuteur se trouve aujourd'hui créancier du mineur, qui, en qualité d'héritier, est tenu des dettes de son auteur. Notre article dit que le tuteur doit, à peine de déchéance, déclarer sa créance dans l'inventaire, sur l'interpellation qui lui sera adressée à cet effet par le notaire. Quel est le motif de cette disposition? La loi a craint qu'un tuteur qui a déjà été payé de sa créance, s'apercevant, l'inventaire une fois terminé, qu'il ne se trouve dans les papiers de la succession aucune trace du paiement, parce que la quittance a été perdue, ne vînt soutenir que sa créance existe encore et en réclamer une deuxième fois le paiement. Pour parer à ce danger, elle veut que le tuteur déclare sa créance *dans l'inventaire*, par conséquent avant qu'il lui soit possible de savoir si l'on trouvera dans les papiers de la succession la trace du paiement qui lui aurait été fait. Dans ces conditions, le tuteur, qui a déjà été payé, n'osera pas, fût-il un homme de mauvaise foi, se déclarer créancier, parce qu'il s'opposerait à un affront, si, comme tout porte à le croire, la preuve du paiement venait à se retrouver.

Le tuteur doit faire la déclaration exigée par notre article, « à peine de déchéance ». La loi présume que le tuteur qui ne fait pas cette déclaration n'est pas créancier, ou ne l'est plus parce qu'il a été payé, et, sur le fondement de cette présomption, elle lui refuse toute action en justice contre le mineur. C'est dire que la présomption dont il s'agit ne serait pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire

(arg. art. 1352) : ce qui signifie que le tuteur ne serait pas admis à prouver que, contrairement à la présomption de la loi, sa créance existe encore.

C'est là une sanction très rigoureuse. Aussi comme le tuteur peut ignorer sur ce point les dispositions de la loi (en fait il les ignorera très souvent), notre article décide que le défaut de déclaration du tuteur lors de l'inventaire n'entraînera la déchéance de son droit de créance qu'autant qu'il aura été interpellé à cet égard par l'officier public chargé de dresser l'inventaire. Il ne suffit donc pas, pour que le tuteur soit déchu de sa créance, qu'il ne l'ait pas déclarée lors de l'inventaire; il faut, en outre, que la réquisition prescrite par l'art. 451 lui ait été adressée, et que sur cette réquisition il ait affirmé n'être pas créancier, ou que tout au moins il n'ait pas déclaré sa créance [1]. Le notaire agira, d'ailleurs, conformément au vœu de la loi, en adressant ladite réquisition plutôt au commencement qu'à la fin de l'inventaire, afin que le tuteur soit mis en demeure de déclarer les créances qu'il peut avoir, à un moment où il n'est pas encore renseigné sur le contenu des papiers de la succession.

Pour qu'il soit certain que le notaire a fait au tuteur la réquisition prescrite par l'art. 451, la loi veut que mention soit faite, dans le procès-verbal, de l'interpellation du notaire et de la réponse qui y a été faite. Tout est de droit étroit en cette matière, car il s'agit d'une déchéance prononcée sur le fondement d'une présomption légale. Aussi devrons-nous décider que la réquisition du notaire ne pourrait être prouvée par un mode autre que la mention insérée au procès-verbal. Si l'on ne trouve dans le procès-verbal aucune trace de l'interpellation, il faudra considérer celle-ci comme n'ayant pas été faite, et le tuteur, par suite, n'encourra pas la déchéance de son droit.

Que le notaire n'ait pas adressé de réquisition au tuteur, ou que le procès-verbal n'en fasse pas mention, le résultat

[1] Toullier, II, n. 1194; Duranton, III, n. 539; Demolombe, VII, n. 558; Laurent, V, n. 12; Huc, III, n. 392; Vigié, I, n. 744; Aubry et Rau, I, § 112, note 14. — Pau, 6 août 1834, S., 35. 2. 123, *J. G.*, v° *Lois*, n. 250. — Nancy, 23 juin 1851, D., 52. 2. 84.

sera donc le même : le tuteur conservera sa créance. Seulement le notaire sera responsable envers le mineur du préjudice que, par sa faute, il aura causé à celui-ci. Le mineur pourra lui demander le paiement de dommages-intérêts, s'il prouve que le tuteur s'est fait payer une deuxième fois une créance déjà éteinte par le paiement, et si l'insolvabilité du tuteur rend illusoire la répétition de l'indû.

A la demande du notaire, le tuteur doit répondre d'une manière précise, et non par à peu près. Il doit dire s'il est créancier et indiquer la cause de son droit. Si sa créance est liquide, il doit en déclarer le montant. Sinon, il doit donner tous les éléments qui peuvent servir à en déterminer éventuellement la valeur. Il sera donc déchu, s'il s'est contenté de répondre qu'il est créancier de telle somme approximativement. La loi paraît bien formelle en ce sens : « *S'il lui est dû quelque chose, il doit le déclarer* »; autrement la fraude contre laquelle la loi a voulu protéger le mineur serait rendue possible, si les quittances constatant des paiements partiels ne se trouvent pas dans les papiers de la succession.

En somme, comme on le voit, c'est seulement lorsque le tuteur peut, sans injustice, être soupçonné de mauvaise foi qu'il encourt la déchéance édictée par notre texte. Aussi tous les auteurs décident-ils, avec raison, que le tuteur ne serait pas déchu de son droit, pour n'avoir pas déclaré sa créance contre le mineur sur la réquisition à lui adressée par le notaire, s'il avait eu une juste cause d'ignorer sa créance, si, par exemple, il en était devenu titulaire, à son insu, en qualité d'héritier du créancier mort depuis peu. La loi n'a pas pu vouloir obliger le tuteur, à peine de déchéance, à déclarer une créance dont l'existence ne lui a pas encore été révélée [1].

L'art. 451, al. 2, est absolument général; il s'applique à tout tuteur, quelle que soit sa qualité, et à toutes les créances qu'il peut avoir contre son pupille [2], pourvu que ces créan-

[1] Demolombe, VII, n. 563; Vigié, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 112, note 13. — Cpr. Laurent, V, n. 14.

[2] Même celles qui ne sont pas liquides. Demolombe, VII, n. 561; Laurent, V, n. 13; Aubry et Rau, I, § 112, note 11. — Nîmes, 29 mars 1852, S., 52. 2. 340, D., 52. 5. 347.

ces soient indépendantes du fait de la tutelle. Il laisse en dehors de ses dispositions les créances qui sont nées de la tutelle elle-même. Ainsi le tuteur n'est pas tenu de déclarer les créances qu'il a contre son pupille à raison des dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de celui-ci depuis l'ouverture de la tutelle. Ces créances figurent dans le compte de tutelle. Il n'y a pas lieu, en ce qui les concerne, de redouter les fraudes dont la loi, dans l'art. 451, al. 2, a prévu la possibilité (1).

Pour des motifs analogues, on doit écarter l'application de notre texte, en tant qu'il s'agit, pour la veuve, tutrice légale de ses enfants mineurs, de sa dot et de ses reprises contre la succession de son mari. Ces créances de la femme sont en effet devenues exigibles par le décès du mari; on ne peut craindre la suppression de quittances constatant des paiements antérieurs, puisque ces paiements n'ont pu avoir lieu (2). Mais, l'art. 451, al. 2, reprendrait son empire, si les deux époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, ou si l'association conjugale était dissoute antérieurement au jour où la femme a été investie de la tutelle, soit par la séparation de biens judiciaire, soit par la séparation de corps et de biens, soit *à fortiori* par le divorce. Dans ces diverses hypothèses, en effet, les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 451, al. 2, recouvrent leur valeur (3).

Nous déciderons également que le tuteur, légataire à titre particulier de celui auquel le mineur a succédé, et dont le décès a entraîné l'ouverture de la tutelle, n'est pas tenu, à peine de déchéance, de déclarer la créance résultant de son legs (4).

Il ne peut être question d'appliquer l'art. 451 au cas où le tuteur commence à remplir ses fonctions sans que le mineur soit appelé à une succession. Ainsi le tuteur en exercice est remplacé par un autre; l'ancien tuteur, en le supposant décédé, ne laisse pas le mineur pour héritier. Il n'y a pas lieu

(1) Vigié, I, n. 744; Aubry et Rau, I, § 112, note 12.
(2) Demolombe, VII, n. 562; Aubry et Rau, I, § 112, note 10.
(3) Demolombe, Aubry et Rau, *loc. cit.*
(4) Nancy, 29 juin 1872, S., 73. 1. 357.

de faire dresser un inventaire; le compte fourni par l'ancien tuteur suffira à déterminer la consistance et la valeur du patrimoine dont le nouveau tuteur prend l'administration. Celui-ci n'a pas à déclarer, dès lors, s'il est créancier de son pupille. L'art. 451, étant exceptionnel, ne doit pas être étendu, et d'ailleurs les motifs qui l'ont fait édicter résistent à l'interprétation extensive [1].

L'art. 451 n'est pas applicable au subrogé tuteur [2].

N° 3. Vente des meubles.

477. « *Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire,* « *le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux* « *enchères reçues par un officier public, et après des affiches* « *ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention,* « *tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille* « *l'aurait autorisé à conserver en nature* » (art. 452).

L'obligation que la loi impose ainsi au tuteur se rattache au devoir général qui lui incombe de conserver intacte la fortune du mineur. Parmi les biens appartenant à celui-ci et qu'il a recueillis dans une succession ouverte à son profit, soit au début, soit au cours de la tutelle, ou qui lui sont advenus par donation entre vifs ou testamentaire [3], il en est qu'il serait désavantageux de conserver en nature. Les meubles perdent en général de leur valeur par le seul effet du temps. Le plus souvent d'ailleurs les meubles qui appartiennent au mineur lui seront inutiles : que fera-t-il d'un riche mobilier, s'il est en bas-âge ou s'il est au collège? En tout cas, ces meubles constituent pour lui un capital improductif. Dans ces conditions, la loi a cru devoir établir en principe que les meubles du mineur seront vendus, pour le prix en être placé au mieux de ses intérêts.

Ces motifs disent assez que, pour savoir quels sont les objets compris sous la dénomination de *meubles* dans l'art.

[1] Demolombe, VII, n. 565; Laurent, V, n. 9; Huc, III, n. 391; Vigié, I, n. 765; Aubry et Rau, I, § 112, p. 678. — *Contra* Marcadé, II, n. 249.

[2] Zachariæ, I, § 219, note 10; Demolombe, VII, n. 566; Huc, III, n. 392; Vigié, I, n. 766; Aubry et Rau, I, § 112, note 10. — Paris, 14 fév. 1817, S., 18. 2. 59.

[3] Demolombe, VII, n. 585; Aubry et Rau, I, § 112, p. 680.

452, il ne faut pas se référer à la définition donnée par l'art. 533. Car si on appliquait ici la définition de l'art. 533, on excepterait de la vente les meubles que le mineur a le plus d'intérêt à voir transformer en argent, parce qu'ils sont d'un entretien coûteux et sujets à un prompt dépérissement, principalement les chevaux et les équipages. Quels sont donc alors les meubles qui doivent être vendus ? Ce sont les *meubles périssables,* pour parler comme l'art. 102 de la coutume d'Orléans, c'est-à-dire ceux qui perdent de leur valeur par l'effet du temps et les caprices de la mode (1). De ce nombre ne sont pas les meubles incorporels, tels que créances, rentes, actions ou obligations industrielles. Nous verrons d'ailleurs qu'il existe au sujet de cette nature de biens une disposition spéciale dans la loi du 27 février 1880.

478. Le tuteur doit faire vendre les meubles dans le délai d'un mois à dater de la clôture de l'inventaire. A quelle sanction s'expose-t-il s'il ne procède à la vente qu'après l'expiration du délai? L'art. 452 est muet sur ce point. Dans le silence de la loi, c'est donc aux règles du droit commun qu'il convient de se référer. Le tuteur répondra de la dépréciation et des détériorations que les meubles ont subies par le fait de son retard. Il sera même responsable des pertes ou détériorations fortuites, car sans la faute qu'il a commise en ne procédant pas à la vente en temps utile, le mineur n'aurait pas éprouvé de dommages (2). Mais le tuteur n'encourra aucune responsabilité de ce chef, si, en retardant la vente, il s'est comporté en bon père de famille. Car alors aucune faute ne peut lui être imputée (arg. art. 450, al. 2) (3). A plus forte raison le tuteur est-il responsable, s'il n'a pas fait vendre du tout les meubles. Le mineur pourra, dans ce cas, lui réclamer la réparation de tout le préjudice que le défaut de vente lui a causé.

(1) Valette sur Proudhon, II, p. 373, obs. IV ; Demolombe, VII, n. 573 : Laurent, V, n. 16 ; Aubry et Rau, I, § 112, note 22.

(2) Duranton, III, n. 543, note 2; Demolombe, VII, n. 584 ; Laurent, V, n. 19 et 20 ; Aubry et Rau, I, § 112, p. 680.

(3) Demolombe, VII, n. 583 ; Laurent, V, n. 19 ; Aubry et Rau, I, § 112, note 19. — Cass., 8 déc. 1824, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 427, S., 25. 1. 199. — Cass., 9 juil 1866, D., 66. 1. 385.

479. Les formes de la vente sont déterminées par l'art. 452 [1]. Pour que le prix s'élève le plus haut possible, notre article exige que la vente soit précédée de certaines mesures de publicité, et qu'elle soit faite aux enchères devant un officier public. Le choix de cet officier public appartient exclusivement au tuteur, puisque c'est celui-ci qui est chargé de faire procéder à la vente [2]. Pour déjouer les fraudes que le tuteur pourrait tenter de commettre, la loi requiert la présence du subrogé tuteur. — Le tuteur ne peut donc pas vendre à l'amiable. Il faut faire exception, toutefois, pour les récoltes produites par les biens du mineur. La vente de gré à gré des récoltes est essentiellement un acte d'administration.

L'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire, puisque la loi ne l'exige pas. Au surplus, cette solution résulte implicitement de l'art. 452 lui-même. Celui-ci veut que le tuteur soit autorisé par le conseil de famille, lorsqu'il s'agit de conserver les meubles en nature. Donc cette autorisation n'est pas nécessaire pour que le tuteur puisse les vendre [3].

480. Le principe formulé par l'art. 452 comporte une exception indiquée par l'art. 453 : « *Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature. — Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé tuteur et prêtera serment devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature* ».

L'usufruitier a droit à la jouissance en nature des choses sur lesquelles porte son droit d'usufruit. Voilà pourquoi le

[1] V. sur la combinaison de ce texte avec les art. 617, 620, 945, 989 C. pr., Demolombe, III, n. 543; Valette sur Proudhon, II, p. 367 et 368; Demolombe, VII, n. 581; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 21. — D'après certains auteurs, la règle de l'art. 452 étant spéciale, il n'y a pas été dérogé par le code de procédure civile. — Troplong, II, n. 1240; Laurent, V, n. 19; Huc, III, n. 394.

[2] Demolombe, VII, n. 580; Aubry et Rau, I, § 112, note 20.

[3] V. cependant Laurent, V, n. 17; Huc, III, n. 394.

père ou la mère, ayant l'usufruit légal des biens de son enfant mineur, est dispensé, tant que dure sa jouissance, de vendre les meubles; autrement il serait privé du droit de jouir en nature, puisque sa jouissance, au lieu de s'exercer sur les meubles, devrait s'exercer sur leur prix. On conçoit d'ailleurs que c'est là seulement une faculté accordée aux père et mère, faculté dont ils pourraient ne pas user s'ils préféraient vendre les meubles pour jouir du prix.

Le père ou la mère, qui voudra conserver en nature les meubles sur lesquels porte son droit de jouissance, devra, dit notre article, en faire faire à ses frais une estimation à juste valeur par un expert, qui sera nommé par le subrogé tuteur [1] et prêtera serment devant le juge de paix. Pourquoi cette estimation, puisque l'inventaire en contient déjà une? N'est-ce pas un double emploi? On a sans doute considéré que l'estimation contenue dans l'inventaire n'est qu'approximative. Voilà pourquoi la loi ne s'en contente pas et exige une estimation *à juste valeur*, faite dans des conditions qui offrent plus de garanties [2]. Cette estimation servira à déterminer le montant de l'indemnité à payer par l'usufruitier légal qui ne pourrait pas représenter en nature à la fin de son usufruit les meubles sur lesquels portait son droit. « Ils rendront, dit notre article, la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient pas représenter en nature ». La loi suppose ici, statuant *de eo quod plerumque fit*, que l'impossibilité de restituer les meubles en nature provient du fait de l'usufruitier légal qui les a laissés périr faute de soins ou qui les a vendus. C'est en effet ce qui arrivera presque toujours. Mais si l'usufruitier légal prouvait qu'ils ont péri par cas fortuit, il devrait, conformément au droit commun, être dispensé de toute restitution. *Nemo præstat casus fortuitos* (art. **1302**). De même il ne serait pas responsable des détériorations qu'il prouverait être le résultat d'un cas fortuit. En d'autres termes, nous appliquons purement et simplement au père ou à

[1] Le subrogé tuteur n'est pas tenu de choisir un commissaire priseur. Huc, III, n. 395; Aubry et Rau, I, § 112, note 29. — Rennes, 14 janv. 1835, S., 37. 2. 180. — Nîmes, 22 fév. 1837, S., 37. 2. 179. — Cpr. Demolombe, VII, n. 577.

[2] Demolombe, *loc. cit.*: Laurent, V, n. 22; Aubry et Rau, I, § 112, note 28.

la mère usufruitier légal la règle édictée par l'art. 589 pour l'usufruitier ordinaire. Cette solution est combattue par un certain nombre d'auteurs. Ils invoquent tout d'abord la différence qui existe entre la rédaction de l'art. 453 d'une part, et celle des art. 589, 950, 1063 et 1566, d'autre part. Ces quatre derniers textes disent, en termes à peu près identiques, que le nu propriétaire ne peut reprendre les biens que dans l'état où ils se trouvent à la fin de l'usufruit, et que l'usufruitier ne répond des pertes et détériorations que lorsqu'elles sont le résultat de son dol ou de sa faute. Or on ne trouve rien de pareil dans l'art. 453. Ce texte impose au père ou à la mère l'obligation de rendre en nature les biens dont il a la jouissance, ou d'en payer la valeur estimative. Il ne dit pas qu'il rendra les biens dans l'état où ils se trouveront, non détériorés par son dol ou par sa faute. La rédaction particulière de l'art. 453 est donc caractéristique. Le législateur a eu évidemment l'intention de mettre les risques à la charge de l'usufruitier légal. Celui-ci doit rendre les biens en nature, or ce n'est pas les rendre en nature que de rendre des objets hors d'usage. Telle était d'ailleurs la règle suivie dans l'ancien droit en matière de garde noble. La jouissance du gardien noble ne devant pas *diminuer le fonds* du mineur [1], le gardien devait faire vendre les meubles, et sa jouissance portait seulement sur le prix. Les rédacteurs du code civil ont sans doute dispensé les père et mère de vendre les meubles dont ils ont la jouissance, mais ils n'ont pas voulu que cette dispense pût nuire au mineur. A la fin de l'usufruit, celui-ci doit retrouver dans son patrimoine une valeur égale à celle qui s'y trouvait au moment où la jouissance a commencé. Pour que son fonds ne soit pas diminué, il faut, ou que les meubles grevés du droit de jouissance soient vendus, auquel cas le prix en sera restitué au mineur, ou que, si l'usufruitier légal préfère les garder en nature, celui-ci en supporte les risques [2]. Ces arguments ne nous paraissent pas décisifs. L'usufruit paternel est soumis, en principe,

[1] Pothier, *Des coutumes*, I, p. 835.
[2] Proudhon, *De l'usufruit*, V, n. 2640 s. ; Demolombe, VII, n. 524.

aux règles qui gouvernent l'usufruit ordinaire ; la loi traite même plus favorablement l'usufruitier légal que l'usufruitier ordinaire. Or l'opinion que nous venons d'exposer admet que ces règles générales sont ici écartées. Mais, pour qu'il en fût ainsi, il faudrait un texte bien formel. L'art. 453 est loin d'avoir ce caractère. On peut fort bien soutenir que la formule employée par lui équivaut à celle de l'art. 589. La loi, dans l'art. 453, permet au père usufruitier légal de garder les meubles et d'en jouir en nature. Or comment les garder et s'en servir sans qu'ils se détériorent par l'effet même du temps et de l'usage? Déclarer le père responsable des pertes et détériorations fortuites et de celles qui résultent de l'exercice normal de son droit, n'est-ce pas lui retirer d'une main ce qu'on lui donne de l'autre, et l'obliger à vendre les meubles, pour n'être pas en perte? Le père tenu de *rendre en nature* est tenu d'une dette de corps certain, et, d'après le droit commun, il ne doit rendre les biens que dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par son dol ou par sa faute. Cela est d'autant plus rationnel que, le plus souvent, le père ou la mère aura joui des meubles avec son enfant. Quant à l'argument tiré de l'ancien droit, il n'a pas grande valeur, car le droit de jouissance légale du code civil diffère notablement de la garde noble [1].

La dispense de vendre les meubles n'est établie au profit du père ou de la mère que pendant la durée de sa jouissance. Le droit commun reprendra donc son empire quand cette jouissance aura cessé; alors le père ou la mère devra faire vendre les meubles, à moins qu'il n'obtienne du conseil de famille l'autorisation de les conserver en nature; et alors, comme tout autre tuteur, il n'aura pas le droit de s'en servir pour son usage personnel.

481. L'art. 453 doit être étendu au cas où le survivant des père et mère a l'usufruit légal sans être chargé de la tutelle. Le texte ne prévoit pas expressément cette hypothèse, parce qu'il a statué *de eo quod plerumque fit.* Mais les raisons de

[1] Duranton, III, n. 543; Valette sur Proudhon, II, p. 374, note 6; Demante, II, n. 211 *bis*-III; Laurent, IV, n. 329; Huc, III, n. 191; Vigié, I, n. 749.

décider sont identiquement les mêmes. D'une part, l'usufruitier ayant le droit de jouir en nature, le tuteur ne pourra donc vendre les meubles sans son consentement. D'autre part, il faudra prendre les mesures prescrites par l'art. 453, car elles sont établies dans l'intérêt de tous les mineurs en tutelle dont les biens se trouvent grevés d'usufruit légal (1).

482. Le tuteur est encore dispensé de vendre les meubles de son pupille, lorsqu'il en a la jouissance en vertu d'une convention ou d'un testament. Il a, en effet, le droit d'en jouir en nature. Mais alors faudra-t-il prendre les mesures de précaution ordonnées par le texte? La question est délicate. L'art. 453 déroge au droit commun. Or il vise seulement le cas où les meubles sont grevés du droit de jouissance légale. Il semble donc qu'il ne doive pas être étendu au cas d'usufruit ordinaire. Du reste, le droit commun fournit au mineur des garanties suffisantes (2).

Il en sera de même au cas où les biens sont grevés d'usufruit au profit d'un tiers.

483. A l'exception édictée par l'art. 453 convient-il d'en ajouter une autre? Dans notre ancien droit, le tuteur pouvait être dispensé de vendre les meubles corporels appartenant à son pupille, soit par une disposition testamentaire du père ou de la mère, soit par une clause contenue dans le testament de la personne dont le mineur recueillait la succession (3). Un assez grand nombre d'auteurs admettent encore cette solution sous l'empire du code civil (4). Elle nous paraît contraire aux principes qui dominent l'organisation et le fonctionnement de la tutelle. Les règles de la tutelle sont d'ordre public, et, à ce titre, au-dessus des volontés particulières. La clause dont il s'agit devra donc être considérée comme non avenue, et le tuteur n'en sera pas moins responsable envers son pupille du préjudice que le défaut de vente des meubles aura pu causer à celui-ci. Mais, bien entendu,

(1) Huc, III, n. 26; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31.
(2) Aubry et Rau, I, § 112, p. 681.
(3) Merlin, *op. cit.*, t. VIII, n. 25.
(4) Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 219, texte et note 23; Laurent, V, n. 18; Huc, III, n. 26.

il pourra mettre sa responsabilité à couvert en obtenant du conseil de famille l'autorisation de conserver les meubles en nature conformément à la volonté du testateur [1].

N° 4. Conversion des titres au porteur en titres nominatifs.

484. Le tuteur est obligé de convertir en titres nominatifs les titres au porteur compris dans les successions échues au mineur, soit qu'il s'agisse de successions dont l'ouverture coïncide avec l'ouverture de la tutelle, soit que ces successions soient échues au mineur au cours de la tutelle. Cette obligation ne lui est pas imposée par le code civil, qui ne contient, à cet égard, aucune disposition. Sous l'empire du code civil, le tuteur pouvait conserver tels quels les titres au porteur appartenant à son pupille. Il y avait là un danger sérieux pour ce dernier, à cause des tentations auxquelles le tuteur était exposé. A vrai dire, le code ne s'était pas occupé de la question, parce que la fortune mobilière, à l'époque où il a été rédigé, était loin d'avoir acquis le développement qu'elle présente de nos jours. Mais la nécessité de l'intervention législative s'est fait sentir lorsque les valeurs mobilières, sous la forme de titres au porteur ou nominatifs, sont devenues une partie importante des fortunes privées. La loi du 27 février 1880 a édicté un ensemble de mesures destinées à protéger les valeurs mobilières appartenant au pupille. Parmi ces mesures figure celle dont nous avons à nous occuper.

485. L'art. 5 oblige le tuteur à convertir dans un bref délai en titres nominatifs les titres au porteur qui peuvent appartenir au mineur. Effectivement, la propriété d'un droit constaté par un titre au porteur se transférant par une simple remise du titre, effectuée de la main à la main, le tuteur aurait pu facilement disposer, sans le contrôle du conseil de famille, de toutes les valeurs du mineur qui affectent cette forme. L'aliénation n'en sera plus aussi facile lorsqu'elles seront devenues nominatives, car il faudra alors un acte de transfert ; le contrôle du conseil de famille pourra s'exercer d'une manière

[1] De Fréminville, I, n. 234 ; Demolombe, VII, n. 579 ; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 26.

efficace. L'art. 5 de la loi dit à ce sujet dans ses trois premiers alinéas : « *Le tuteur devra, dans les trois mois qui* » *suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nomi-* » *natifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'in-* » *terdit, et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'alié-* » *nation nécessaire ou utile. — Il devra également convertir* » *en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient* » *au mineur ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et* » *ce, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribu-* » *tion définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. —* » *Le conseil de famille pourra fixer, pour la conversion, un* » *terme plus long* ». Le délai imparti pour la conversion est donc, en principe, de trois mois. Quant au point de départ du délai, il varie :

1° Supposons d'abord que la succession dont dépendent les titres au porteur soit ouverte au moment où le tuteur est investi de ses fonctions. Le délai de trois mois, nous dit la loi, commence, dans ce cas, à courir *du jour de l'ouverture de la tutelle*. Le texte, sur ce point, doit évidemment être corrigé. Le législateur a voulu dire que le délai courra du jour où commence pour le tuteur l'obligation de gérer. Car il est clair que l'obligation de convertir les titres au porteur ne peut lui être imposée avant l'époque où il prend la direction des affaires du mineur. Or, si, très souvent, sa responsabilité commence dès l'ouverture de la tutelle, il arrivera aussi très fréquemment qu'elle prendra naissance seulement à une époque postérieure [1].

2° Dans la même hypothèse, c'est-à-dire s'il s'agit d'une succession ouverte avant l'ouverture de la tutelle ou au même moment, le point de départ du délai devra encore être reculé, si les valeurs dont le tuteur doit faire la conversion ne sont pas immédiatement à la disposition de celui-ci. Par exemple, la succession est encore indivise entre le mineur et ses cohéritiers. Le délai courra seulement du jour où le tuteur pourra obtenir la remise de ces valeurs (arg. al. 2) [2].

[1] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *ter*.
[2] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *quinquies*.

3° L'al. 2 est relatif au cas où des titres au porteur sont advenus au mineur, à titre de succession ou autrement, au cours de la tutelle. Il fixe, en termes assez peu satisfaisants, le point de départ du délai de trois mois. On a fait très justement remarquer que, s'il fallait prendre au pied de la lettre la disposition de l'al. 2, on arriverait, ou à des conséquences dangereuses pour le mineur, ou à un résultat injuste pour le tuteur. Si, en effet, on fait courir le délai du jour de l'attribution des valeurs, comme le dit le texte, on imposera au tuteur une obligation dont il lui sera parfois impossible de s'acquitter. Car la simple attribution des valeurs, si celles-ci n'ont pas été effectivement délivrées, peut n'être pas suffisante pour l'accomplissement des formalités de la conversion. Si, d'autre part, on décide que le délai court du jour de la mise en possession seulement, on donne au tuteur un moyen bien simple de retarder l'exécution de l'obligation qui lui est imposée : il n'a qu'à retarder sa prise de possession. Il serait peut-être plus conforme à l'intention du législateur de dire que le point de départ du délai est le jour où le tuteur a eu la *possibilité* de se faire délivrer les titres; car c'est alors que prend naissance l'obligation, pour le tuteur, d'opérer la conversion [1].

Si le délai de trois mois fixé par la loi est insuffisant, le conseil de famille peut fixer un plus long délai. Dans ce cas, il est autorisé à prescrire les mesures provisoires que l'intérêt du pupille lui paraît commander. Par exemple, il peut ordonner le dépôt des valeurs, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une société ou d'une personne qu'il désigne spécialement à cet effet.

486. Il se peut que la conversion des titres au porteur en titres nominatifs ne puisse être effectuée. Cela peut tenir à l'une des deux causes suivantes :

1° Tout d'abord à la *nature* même de ces titres. Certains Etats étrangers ont, en effet, émis des titres qui n'admettent pas la forme nominative. Il sera, dès lors, nécessaire, ou d'aliéner ces valeurs, ou de les conserver telles quelles, sauf

[1] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *sexto*.

à prendre des mesures pour en empêcher le détournement. C'est au conseil de famille que la loi confie le soin de statuer sur ce point. L'al. 4 de l'art. 5 dit à ce sujet : « *Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée* ». — « Soit à raison de conventions », dit le texte. Il vise par là le cas où l'obstacle qui s'oppose à la conversion résulte d'une convention qui a conféré à des tiers un droit sur les titres. Or cette hypothèse se confond avec celle dont il est question à l'al. 5 et dont nous allons nous occuper. Il y a donc dans la loi un double emploi.

2° Il se peut, en effet, que des tiers aient acquis sur les valeurs au porteur appartenant au mineur des droits qui leur permettent de s'opposer à la conversion. Ces droits peuvent avoir leur source dans une convention, par exemple une constitution de gage, un placement en reports, la participation à un syndicat, etc. Ils peuvent aussi découler d'une autre source : par exemple il s'agit d'un droit d'usufruit créé par testament [1]. Ces diverses hypothèses sont visées par l'al. 5, ainsi conçu : « *Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes* ».

487. Le conseil de famille peut d'ailleurs, aux termes de l'al. 1, prescrire l'aliénation des valeurs mobilières du pupille, s'il le juge nécessaire ou simplement utile.

488. Les dispositions que nous avons analysées sont absolument générales et elles doivent être appliquées à tous les tuteurs sans distinction [2]. Cela résulte très nettement de

[1] Buchère, *Comment. de la loi du 27 février 1880*, n. 67 ; Deloison, *Traité des valeurs mobilières*, n. 215.

[2] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies (a)*.

l'esprit général de la loi du 27 février 1880 et des travaux préparatoires [1]. Par suite, l'obligation édictée par notre texte incombe même au père ou à la mère, tuteur légal, qui a la jouissance des biens de son enfant. Son titre d'usufruitier légal ne lui permet pas de s'en affranchir [2]. De même l'art. 8 dispose : « *Les dispositions de la présente loi sont applicables* » *aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés* » *placés sous la tutelle, soit de l'administration de l'assistance* » *publique, soit des administrations hospitalières. — Le con-* » *seil de surveillance de l'administration de l'assistance publi-* » *que et les commissions administratives rempliront à cet* » *effet les fonctions attribuées au conseil de famille* [3]. *Les dis-* » *positions de la présente loi sont également applicables aux* » *administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés* » *en exécution de la loi du 30 juin 1838* ».

489. La loi est applicable non seulement en France, mais aussi en Algérie et dans la plupart des colonies (v. l'art. 11 ci-dessous et le décret du 8 avril 1880). Dans ces colonies, le plus souvent, la conversion ne pourra pas se faire sur place. Aussi est-il nécessaire d'accorder au tuteur une prolongation de délai. « *Les dispositions de la présente loi sont applicables* » *à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guade-* » *loupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces* » *colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais* » *supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du* » *3 mai 1862* » [4] (art. 11).

490. *Sanction de l'obligation imposée au tuteur.* — Si le tuteur ne procède pas à la conversion en titres nominatifs des valeurs au porteur appartenant au pupille, il sera personnellement responsable envers celui-ci du dommage que sa négligence aura pu lui causer. Par conséquent, il répondra

(1) Rapport de M. Denormandie au Sénat, *J. off.*, 1878, *Doc. parl.*, Sénat, *Ann.*, n. 215. — V. aussi séances du Sénat des 2 et 24 mai 1878 (*J. off.*, *Déb. parl.*, 3 et 25 mai).

(2) Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (*b*). — Douai, 24 juin 1880, D., 81. 1. 348, S., 82. 1. 197.

(3) V. sur ce point L. 27 juin 1904, art. 12.

(4) Sur ce texte, v. Huc, III, n. 423; Aubry et Rau, I, § 112, notes 31 *decies* (*e* et *f*).

de la dépréciation subie par ces titres. Cette perte aurait peut-être été évitée au mineur, en effet, si le tuteur avait consulté le conseil de famille, car celui-ci aurait peut-être ordonné l'aliénation des valeurs.

Le subrogé tuteur est également responsable (art. 7 de la loi du 27 février 1880). Il aurait dû provoquer la réunion d'un conseil de famille devant lequel le tuteur aurait été appelé à rendre compte de ses actes et qui aurait pris les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts du pupille [1]. S'il ne l'a pas fait, il a manqué à son devoir de surveillance et sa responsabilité se trouve engagée de ce chef.

N° 5. Emploi des capitaux appartenant au mineur.

491. Le tuteur doit faire emploi des capitaux appartenant à son pupille, soit qu'il ait trouvé ces capitaux dans le patrimoine de celui-ci lors de l'ouverture de la tutelle, soit qu'ils soient advenus ensuite au pupille, à un titre quelconque, au cours de la tutelle. Cette obligation ne lui est imposée que relativement aux *capitaux disponibles* du mineur. Elle ne concerne pas ceux qui sont engagés dans une entreprise commerciale ou industrielle. Car ces derniers étant déjà affectés à un emploi productif de revenus, il ne saurait être question de leur chercher un placement [2].

492. L'obligation dont nous parlons était-elle imposée au tuteur par le code civil? La question était controversée. Les art. 455 et 456, en effet, ne parlent que du placement des économies faites sur les *revenus* du mineur. Aussi des difficultés s'étaient-elles élevées sur le point de savoir si les dispositions de ces textes étaient applicables au placement des capitaux [3]. L'art. 6 de la loi du 27 février 1880 a été décrété en vue de les faire cesser. Ce texte, qui aurait pu être rédigé plus clairement, porte : « *Le tuteur devra faire emploi des capitaux* « *appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur advien-* « *draient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de*

[1] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies (a)*.
[2] Aubry et Rau, I, § 112, note 31 *decies (g)*.
[3] V. Douai, 5 avril 1855, S., 56, 2, 301, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 339. — Cass., 17 fév. 1875, S., 75, 1, 254.

» *trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long,* » *auquel cas il pourra en ordonner le dépôt, comme il est dit* » *en l'article précédent. — Les règles prescrites par les arti-* » *cles ci-dessus et par l'article 455 du code civil seront appli-* » *cables à cet emploi* ».

493. De la généralité des termes dans lesquels ce texte est rédigé nous tirerons les conséquences suivantes :

1° L'obligation de placer les capitaux du mineur incombe au père, tuteur de son enfant en même temps qu'usufruitier légal des biens de celui-ci, comme à tout autre tuteur (1).

2° Le tuteur est tenu de placer tous les capitaux disponibles du mineur, sans aucune distinction. Le texte doit donc être appliqué aux dettes dont le tuteur est tenu envers son pupille et qui viennent à échéance au cours de la tutelle. Le tuteur devra se payer à l'échéance et se mettre en quête d'un placement (2).

494. La loi accorde au tuteur un délai de trois mois, dont elle n'indique pas le point de départ. Mais cette lacune est facile à combler. Le délai court du jour où le tuteur a eu la faculté d'entrer en possession des capitaux (3). Si donc il tarde à les percevoir, il subira la peine de sa négligence. Le délai peut d'ailleurs être prolongé par le conseil de famille, comme nous l'avons dit précédemment, et le conseil de famille, s'il use de cette faculté, peut prescrire le dépôt des sommes appartenant au mineur, conformément à la disposition de l'art. 5.

495. L'alinéa final de l'art. 6 porte que les règles prescrites par l'art. 455 du code civil seront applicables à l'emploi des capitaux. La pensée du législateur n'est pas ici très claire, et l'interprétation du texte a donné lieu à des difficultés sérieuses. Il est bien certain que la règle édictée par l'art. 455 en ce qui concerne le délai du placement doit être écartée ; ce délai, fixé à six mois par l'art. 455, est réduit à trois mois par l'art. 6 de la loi du 27 février 1880. Mais en est-il de même en ce qui concerne les deux autres règles édictées par l'art. 455 ?

(1) Douai, 24 juin 1880, D., 81. 1. 348, S., 82. 1. 197.
(2) Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (*h*).
(3) Cpr. Orléans, 13 nov. 1890, S., 92. 2. 216, D., 91. 2. 357.

496. L'art. 455 dispose que le tuteur doit faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi des économies réalisées sur les revenus de son pupille. L'art. 6 de la loi du 27 février 1880 renvoyant expressément à l'art. 455, nous devrons décider en conséquence que le tuteur est tenu de la même obligation en ce qui concerne les capitaux. Il devra donc demander au conseil de famille de fixer la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation d'en faire emploi. Le conseil de famille pourra d'ailleurs fixer deux sommes différentes pour les économies et les capitaux.

Si le tuteur ne s'est pas conformé à cette obligation, il convient, croyons-nous, de faire la distinction suivante.

A. Si une somme a été antérieurement déterminée par le conseil de famille pour le placement des économies faites sur les revenus, la délibération du conseil de famille devra être considérée comme applicable de plein droit au placement du capital. Nous déciderons par conséquent, mais nous reconnaissons que cela ne va pas tout seul, que l'obligation pour le tuteur de faire emploi d'un capital par lui touché pour le compte du mineur, ne commence que lorsque ce capital (en y ajoutant, s'il y a lieu, les autres sommes disponibles provenant des économies faites sur les revenus) atteint la somme fixée par le conseil de famille conformément à l'art. 455.

B. Si aucune décision n'a été prise par le conseil de famille en ce qui concerne le placement des économies faites sur les revenus, il ne nous paraît pas douteux qu'il faille appliquer l'art. 456 qui contient la sanction de l'art. 455. Le tuteur devra l'intérêt de toute somme quelconque, si minime soit-elle, qui n'aura pas été placée dans le délai légal.

Ce ne sont pas les seules difficultés auxquelles donne lieu l'interprétation de l'art. 6. Dans le cas où le conseil de famille aura fixé la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi, que faudra-t-il faire? Devra-t-on envisager séparément les économies faites sur les revenus et les capitaux perçus, et n'obliger le tuteur à chercher un placement que lorsque l'un ou l'autre de ces deux éléments atteint la limite indiquée par le conseil de famille? Ou au

contraire faudra-t-il additionner les capitaux touchés et les économies réalisées, et obliger le tuteur à chercher un emploi lorsque le total est égal ou supérieur à la somme fixée par le conseil de famille? La question est délicate. Pour la résoudre, il convient de consulter l'esprit de la loi. Celle-ci a voulu que le tuteur se mette en quête d'un placement, dès qu'il a entre les mains une somme, dont le conseil de famille est chargé de déterminer le montant. Il n'y a donc pas lieu de distinguer suivant l'origine des deniers que le tuteur a en sa possession. Dès lors, pour savoir à quel moment le tuteur est tenu de rechercher un emploi, et quel est le point de départ du délai qui lui est imparti, il faut totaliser les sommes qu'il détient pour le compte du mineur sans tenir compte de leur provenance. Cette règle s'appliquera, soit que le conseil de famille ait fixé la même somme pour les capitaux et les économies, soit qu'il ait fixé des sommes différentes. Dans le second cas, le tuteur devra se mettre en quête d'un emploi dès que les sommes par lui touchées, à un titre quelconque, atteindront le plus faible des nombres déterminés par le conseil de famille..... Mais alors, dira-t-on, à quoi bon avoir fixé deux limites différentes pour le placement des économies et celui des capitaux? Notre solution n'a pas, comme nous le verrons, pour résultat de rendre inutile la délibération du conseil de famille. Il faudra tenir compte de celle-ci pour la fixation *du délai dans lequel le tuteur devra faire l'emploi.*

497. En effet, dans quel délai le placement devra-t-il être effectué? Le code civil et la loi du 27 février 1880 fixent deux délais différents : six mois pour l'emploi des économies faites sur les revenus; trois mois seulement pour celui des capitaux. Quel sera le délai dans lequel le tuteur devra se conformer à l'obligation qui lui est imposée? Cette question doit être résolue à l'aide des distinctions suivantes :

1° Il est incontestable que si l'excédent des revenus sur la dépense atteint à lui seul la somme indiquée par le conseil de famille, le tuteur jouira du délai de six mois. L'art. 455 C. civ. est seul ici en cause.

2° De même, si, à un moment donné, les capitaux encaissés par le tuteur atteignent à eux seuls le montant déterminé

explicitement (ou implicitement, voir *supra*) par le conseil de famille, le tuteur devra faire le placement dans le délai de trois mois. Il ne peut alors être question que d'appliquer l'art. 6 de la loi du 27 février 1880.

3° Mais si la somme à laquelle commence pour le tuteur, d'après la délibération du conseil de famille, l'obligation de faire emploi n'est obtenue que par la totalisation des capitaux encaissés et des économies réalisées, le tuteur pourra invoquer l'art. 455, c'est-à-dire qu'il jouira du délai de six mois. Décider autrement, ce serait le priver d'une partie des délais que la loi lui accorde pour le placement des économies. On ne peut l'obliger à en faire l'emploi avant le délai de six mois depuis la perception des revenus, car ce temps lui est nécessaire pour savoir s'il y aura un excédent des revenus sur la dépense.

498. La sanction de l'obligation dont nous venons de déterminer l'étendue, en combinant les dispositions des art. 455 C. civ. et 6 de la loi du 27 février 1880, est celle qui est indiquée par l'art. 455, dont la disposition relative à cet objet doit incontestablement recevoir ici son application. A défaut de placement dans le délai ci-dessus fixé, le tuteur devra, de plein droit et sans sommation, les intérêts des capitaux non employés, à partir de l'expiration du délai. Il sera tenu de payer, non seulement les intérêts simples, mais encore les intérêts composés de trois mois en trois mois. Il y a lieu de recourir ici au procédé dit du compte par échelette, qui est soustrait aux règles concernant l'anatocisme [1]. La sanction dont il s'agit ne peut évidemment être appliquée au père ou à la mère qui, en même temps que la tutelle, a la jouissance légale des biens de son enfant mineur. Il ne peut être question de lui faire payer les intérêts des sommes non employées, puisqu'il a droit à ces intérêts en vertu de son usufruit. Il faut donner la même solution au cas où le survivant des père et mère n'a pas la jouissance légale, si du moins l'on admet que l'art. 456 ne lui est pas applicable (*supra*, n. 467) [2].

[1] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (*m*).
[2] Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (*n*).

Le subrogé tuteur est responsable du défaut de placement. L. 27 février 1880, art. 7.

§ III. *Des obligations imposées au tuteur pendant le cours de la tutelle.*

499. L'art. 450, al. 2, dispose que le tuteur administrera les biens de son pupille en bon père de famille et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. C'est là l'obligation primordiale et essentielle que la loi impose au tuteur, obligation dont toutes les autres ne sont, en définitive, que les conséquences.

Cette obligation générale d'administrer en bon père de famille peut s'analyser de la manière suivante (1) :

1° Le tuteur doit faire produire aux biens du pupille tous les revenus dont ils sont susceptibles. Il est donc tenu de louer les maisons d'habitation ; de gérer directement ou d'amodier les biens ruraux ; de placer les fonds appartenant au pupille, d'exploiter ou de faire exploiter les fonds de commerce ou d'industrie...

2° Il a le devoir de conserver le patrimoine du pupille, c'est-à-dire d'en empêcher le dépérissement et la dépréciation. Il doit, par suite, entretenir en bon état les biens meubles ou immeubles du mineur; les assurer contre les risques ; exiger le paiement des créances exigibles ; faire opérer les transcriptions ou prendre les inscriptions nécessaires à la conservation des droits dont il a la charge ; intenter les actions possessoires, interrompre les prescriptions qui menacent le pupille, etc...

3° Enfin le tuteur doit augmenter la fortune du pupille, autant que cela est possible. En conséquence, il faut qu'il s'efforce d'éteindre les dettes du mineur et de dégrever les biens de celui-ci des charges réelles qui pèsent sur eux ; de réaliser des économies sur les revenus et d'en opérer le placement. Nous avons déjà indiqué, en étudiant l'art. 455,

(1) Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 221, texte et notes 1 à 6 ; Laurent, V, n. 168 s. ; Arntz, I, n. 734; Vigié, I, n. 753; Aubry et Rau, I, § 112, p. 690; Planiol, I, n. 1856.

l'obligation imposée au tuteur d'employer l'excédent des revenus sur les dépenses. Il nous reste maintenant à examiner cette obligation en elle-même et à étudier les difficultés auxquelles donnent lieu les art. 455 et 456.

500. L'art. 455, nous l'avons vu, prescrit au tuteur, à son entrée en fonctions, de faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur les dépenses. Si le tuteur s'est conformé à cette prescription, il ne sera tenu de faire emploi que lorsque les sommes provenant des économies réalisées, jointes, s'il y a lieu, aux capitaux touchés pour le compte du pupille, atteindront la limite déterminée par le conseil de famille. Si le conseil de famille n'a rien fixé à cet égard, le tuteur devra, aux termes de l'art. 456, faire emploi de toutes les sommes disponibles, quelque minimes qu'elles soient.

Dans l'un et l'autre cas, la loi accorde au tuteur un délai de six mois. Nous pensons, et cette solution paraît aujourd'hui consacrée par la jurisprudence, que le délai court à compter de l'encaissement. C'est dire que le tuteur doit, tous les six mois, établir la balance des recettes et des dépenses, et s'il constate un excédent de recettes, en opérer aussitôt le placement. Il n'y a là rien d'injuste, ni de trop rigoureux pour le tuteur. Il était averti qu'il aurait un placement à faire, et il ne tenait qu'à lui de se mettre en mesure [1]. Cette solution est cependant rejetée par un certain nombre d'auteurs.

D'après une certaine opinion, le tuteur n'est obligé de faire la balance des recettes et des dépenses que chaque année seulement [2], et c'est à dater de la fin de l'année que les six mois qui lui sont impartis pour l'emploi commencent à courir. On invoque en ce sens l'art. 470. Aux termes de cet article, le conseil de famille ne peut pas contraindre le tuteur à remettre au subrogé tuteur des états de situation plus d'une fois par an. C'est donc qu'aux yeux de la loi, le tuteur n'est tenu

[1] Duranton, III, n. 562; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 219, p. 430; Aubry et Rau, I, § 112, p. 551. — Orléans, 13 nov. 1890, D., 91. 2. 357 et la note, S., 92. 2. 216.

[2] Bruxelles, 20 juil. 1826, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 468. — Cpr. Rouen, 17 fév. 1842, S., 43. 2. 103; *J. G.*, v° *cit.*, n. 633.

de faire la balance des revenus et des dépenses qu'une fois seulement dans l'année. Par suite, le délai de six mois ne peut commencer à courir qu'à dater de l'arrêté de compte annuel [1]. A cette manière de voir, une objection peut être faite, et elle nous paraît décisive. La mesure dont parle l'art. 470 n'est nullement obligatoire pour le conseil de famille. Celui-ci peut très bien ne pas exiger du tuteur la remise d'un état de situation annuel. Il lui est loisible de n'en pas exiger du tout, ou de n'exiger la remise d'états de situation qu'à des intervalles plus longs qu'une année. Comment dès lors peut-on invoquer la disposition de l'art. 470 pour déterminer le point de départ du délai fixé par l'art. 455? S'il y avait une corrélation entre les deux textes, il faudrait décider que, dans le cas où le tuteur n'est pas obligé par le conseil de famille à remettre des états de situation, il n'est pas obligé non plus de faire, au cours de la tutelle, la balance des revenus et des dépenses et que par conséquent l'obligation de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses ne prend jamais naissance! Cela est trop évidemment insoutenable.

D'après d'autres auteurs [2], le délai des art. 455 et 456 n'a pas de point de départ fixe. La loi, dit-on, ne prescrit nulle part au tuteur de faire la balance des revenus et des dépenses. Et l'on ajoute qu'elle a bien fait de ne pas lui imposer une pareille obligation, car, en cette matière, tout est relatif et il n'y a rien d'absolu. C'est dans l'art. 450 qu'il convient de chercher la solution de la question. Il faudra examiner, d'après les circonstances, si le tuteur s'est comporté en bon père de famille et s'il a géré convenablement les intérêts qui lui sont confiés. Si l'importance relative des recettes et des dépenses ne permettait pas de prévoir un excédent, le tuteur ne sera pas responsable de n'avoir pas recherché un emploi pour les économies qu'il aura pu faire par une gestion habile. Si, au contraire, les circonstances faisaient prévoir un excédent de recettes, le tuteur aura dû se préoccuper de trouver un placement, et il devra être déclaré responsable s'il ne l'a

[1] Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 515. — Douai, 5 avril 1865, S., 66. 2. 301, *J. G.*, v° *cit.*, n. 332. — Cpr. Laurent, V, n. 36.

[2] Demolombe, VII, n. 613 *bis*; *Note* S., 66. 2. 301.

point fait. — Ce système revient au fond à supprimer à peu près les dispositions des art. 455 et 456. La loi veut que le tuteur fasse l'emploi dans le délai de six mois. Il faut bien que ce délai ait un point de départ précis. Sinon, à quoi servirait de l'avoir établi ?

Les art. 455 et 456 indiquent la sanction de l'obligation imposée au tuteur. A défaut d'emploi, celui-ci doit les intérêts (et même les intérêts des intérêts, v. *supra*, n. 466), à dater de l'expiration du délai. Le tuteur jouit de tout ce délai pour rechercher un placement. L'on a prétendu (1) que les intérêts courent à partir du moment où les revenus ont été encaissés. En effet, a-t-on dit, le tuteur qui n'a pas fait emploi dans les six mois est présumé par la loi avoir fait servir à son usage personnel les sommes qu'il a touchées pour le compte de son pupille. Mais cette opinion est contraire au texte de l'art. 455, aux termes duquel le tuteur doit les intérêts, *passé le délai ;* d'autre part, rien dans les art. 455 et 456 ne nous indique qu'ils soient fondés sur la présomption dont on parle. C'est simplement parce que le tuteur a commis une faute que la loi l'en déclare responsable (2). Il est bien entendu d'ailleurs que si le tuteur a fait le placement avant l'expiration du délai légal, le bénéfice en appartiendra immédiatement au mineur. Il paraît certain également que si le tuteur avait employé les fonds à son profit personnel avant l'expiration du délai de six mois, il en devrait les intérêts à dater de l'emploi (arg. art. 1996) (3).

Le tuteur pourrait, à notre avis, dégager sa responsabilité, s'il prouve qu'en tardant à opérer le placement il a fait acte de bonne administration. Mais alors il agirait prudemment en sollicitant l'autorisation du conseil de famille (4).

501. Pendant la tutelle, le tuteur peut être tenu de fournir des états de situation qui serviront de base au contrôle de sa

(1) Delvincourt, I, p. 123, note 4 ; Toullier, II, n. 1215.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 219, note 28 ; Demante, II, n. 213 *bis*, V ; Demolombe, VII, n. 615 et 616 ; Aubry et Rau, I, § 112, note 37.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Duranton, III, n. 563 ; Demolombe, VII, n. 615 ; Laurent, V, n. 29 ; Aubry et Rau, I, § 112, p. 694. — Lyon, 19 août 1853, D., 54, 2, 165.

(4) Massé et Vergé, *loc. cit.* ; Demolombe, VII, n. 614.

gestion. D'après le projet, ces états devaient être fournis obligatoirement chaque année par le tuteur. La rédaction définitive de la loi les a rendus facultatifs, ainsi que cela résulte de l'art. 470, ainsi conçu : « *Tout tuteur autre que le père et* » *la mère peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre* » *au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion aux* » *époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de* » *fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en* » *fournir plus d'un chaque année. — Ces états de situation* » *seront rédigés et remis, sans frais, sur papier non timbré,* » *et sans aucune formalité de justice* » (1).

SECTION XIV

ÉTENDUE DES POUVOIRS CONFÉRÉS AU TUTEUR QUANT AUX BIENS DU MINEUR

502. « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur,* » *et le représentera dans tous les actes civils. — Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des* » *dommages intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise* » *gestion* » (art. 450, al. 1 et 2).

Le tuteur est donc investi par la loi d'un mandat général, en vertu duquel il représente le mineur dans tous les actes civils. Quelle est l'étendue de ce mandat? C'est ce que nous allons rechercher maintenant.

§ I. *Le principe et les applications qu'il comporte.*

N° 1. Le principe.

503. L'art. 450, al. 1, nous dit que le tuteur *représentera* le mineur *dans tous les actes civils*. Et l'al. 2 ajoute que le tuteur *administrera* les biens de son pupille. A ne consulter que le texte, on ne voit pas très clairement le principe général auquel les rédacteurs du code civil se sont attachés. Quel est ce principe? Avant de le rechercher, il convient d'indiquer tout d'abord l'intérêt qu'il y a à le déterminer.

(1) V. Demolombe, VII, n. 623 s.; Laurent, V, n. 33.

Il est des actes dont le législateur s'est spécialement occupé. Certains de ces actes peuvent être accomplis par le tuteur seul ; pour la plupart, la loi veut que le tuteur obtienne des autorisations particulières ou même remplisse des formalités spéciales. Mais le législateur n'a pas tout prévu et n'a pas pu tout prévoir. Dès lors, que faut-il décider en ce qui concerne les actes au sujet desquels nous ne trouvons dans la loi aucune disposition précise ? Le tuteur peut-il agir seul ? Ou, au contraire, ces actes excèdent-ils les bornes de ses pouvoirs ; et alors, sous quelles conditions peuvent-ils être accomplis pour le compte du pupille ? Deux opinions sont en présence.

504. Premier système. — Dans un premier système, on distingue entre les actes d'administration et les actes de disposition. Le tuteur est omnipotent en ce qui concerne les actes d'administration. Il peut agir seul et sans aucune autorisation, sauf bien entendu les restrictions résultant des dispositions législatives. Sur ce point, il ne peut y avoir en effet aucun doute. Soumettre le tuteur à l'accomplissement de formalités particulières relativement aux actes d'administration, qui sont de tous les instants et souvent urgents, c'eût été rendre sa gestion impossible.

Mais les partisans du système que nous exposons repoussent le principe de l'omnipotence du tuteur, en ce qui concerne les actes de disposition. Ces actes, dit-on, excèdent les bornes des pouvoirs personnels du tuteur. Sans doute, quand il s'agira de les accomplir, ce sera le tuteur qui en sera chargé, car la loi nous dit que le tuteur représente le mineur *dans tous les actes civils*. Mais pour qu'il puisse ainsi représenter le pupille, il faut qu'il ait obtenu tout au moins l'autorisation du conseil de famille, alors même que la loi ne l'aurait pas dit expressément [1].

En faveur de cette manière de voir, on invoque tout d'abord la tradition historique. Dans l'ancien droit, le tuteur nous est

[1] Magnin, I, n. 665. Proudhon, II, p. 221, 222 ; Laurent, V, n. 40 s. — Douai, 28 juin 1841, S., 42. 2. 586. — Cass., 18 juil. 1843, S., 43. 1. 778. — Cass., 12 déc. 1855, S., 56. 1. 97 et la note, D., 56. 1. 18. — Cpr. Saint-Denis (Réunion), 25 mai 1866, D., 69. 1. 202, S., 70. 1. 65.

constamment présenté comme l'administrateur des biens du mineur [1].

On tire en outre argument des termes mêmes de l'art. 450 et de la rubrique sous laquelle ce texte est placé. La section VIII, ch. II, titre X, l. I, est intitulée : *De l'administration du tuteur*. Donc le tuteur n'est qu'un administrateur du bien d'autrui. L'art. 450 porte, dans son al. 2 : « Il *administrera* ses biens en bon père de famille » ; cela prouve que le législateur limite les pouvoirs du tuteur aux actes d'administration. V. aussi art. 1988.

Enfin on invoque des considérations d'ordre général. S'il est bon, dit notamment Laurent, de laisser une entière liberté au propriétaire, il importe de ne pas laisser la même latitude à celui qui est chargé des intérêts d'autrui. Il faut avant tout sauvegarder les intérêts du pupille. Or, s'il est nécessaire, dans l'intérêt même du mineur, de conférer au tuteur pleins pouvoirs quant aux actes d'administration, il n'en est pas de même en ce qui concerne les actes de disposition. Ceux-ci ne sont pas aussi fréquents que les actes d'administration. Ils n'ont pas le même caractère d'urgence et de nécessité. Donc, il n'y a pas d'inconvénients, bien au contraire, à poser en principe que le tuteur n'a pas le pouvoir de les faire. Sinon, on permettrait au tuteur de mettre à profit les lacunes inévitables de la loi pour dilapider la fortune du mineur [2].

505. Deuxième système. — Dans une autre opinion, qui nous paraît plus conforme aux vues de notre législateur, on repousse la distinction entre les actes de disposition et les actes d'administration, et l'on pose en principe que le tuteur a pleins pouvoirs pour accomplir les actes juridiques intéressant le mineur, sauf dans les cas spécialement déterminés par la loi. D'où il suit : 1° que le tuteur peut accomplir pour le compte de son pupille tous les actes que ne lui interdit pas une disposition expresse ou implicite de la loi, et cela sans

[1] Pothier, *Des personnes*, I, VI, art. 3, § II; Bourjon, *Dr. comm.*, I, VI, II, art. 38, 41, 55.

[2] Cpr. Code civil autrichien, art. 233; de Zurich, art. 755; Code des biens du Monténégro, art. 648 et 649; Laurent, *Avant-projet de révision du code civil belge*, art. 445.

qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et ceux de disposition; 2° que la validité des actes accomplis par le tuteur *tutorio nomine* n'est soumise à l'observation de formalités particulières que dans les cas exprimés par la loi. L'omnipotence du tuteur, voilà la règle. Les textes qui lui interdisent certains actes, ou qui le soumettent pour quelques-uns à l'accomplissement de formalités particulières, doivent être envisagés comme des exceptions à la règle, et recevoir à ce titre l'interprétation restrictive (1).

Telle paraît bien être la pensée du législateur, lorsqu'il dit dans l'art. 450 que le tuteur « représentera le mineur dans tous les actes civils ». Cette formule cependant peut être autrement interprétée, et l'argument qu'elle fournit en faveur de notre solution n'est pas absolument décisif. On peut dire qu'en l'employant les rédacteurs du code civil ont voulu simplement caractériser le *mode d'action* du tuteur, qui est en effet le représentant de son pupille dans tous les actes civils. Mais si l'art. 450 ne nous révèle peut-être pas d'une manière certaine l'intention du législateur, il nous est possible de la préciser autrement.

Tout d'abord, et plus justement que les partisans de l'opinion adverse, nous pouvons invoquer la tradition historique. Sans doute le tuteur nous est représenté, dans l'ancien droit, comme un simple administrateur du bien d'autrui. Mais, en s'exprimant ainsi, les auteurs anciens nous indiquent simplement le résultat pratique auquel avait abouti l'évolution des doctrines juridiques relatives aux pouvoirs du tuteur (2). Ils disent à quoi se réduisent en fait ces pouvoirs, mais ils ne veulent pas exprimer une règle générale de droit. Pour découvrir le principe qui domine la matière, il faut remonter plus haut dans le passé et suivre pas à pas le développement de la tutelle.

Rappelons-nous que l'institution de la tutelle n'est pas née

(1) Duranton, III, n. 574; Marcadé, II, n. 245; Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 121, p. 181; Valette sur Proudhon, II, p. 379 et 380, obs. II; Demolombe, VII, n. 505, 507, 508; Huc, III, n. 372; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 1; Vigié, I, n. 756; Baudant, II, n. 852; Planiol, I, n. 1851 s.; Surville, I, n. 448.

(2) Pothier, *Des personnes*, *loc. cit.*; Meslé, *Des minorités*, part. I, chap. VIII, n. 57; Denizart, v° *Tuteur*, n. 75.

sur notre sol. Elle nous vient du droit romain. Les principes qui la gouvernent sont encore ceux du droit romain; seulement ceux-ci ont reçu des dérogations successives. Or, dans le droit romain primitif, le tuteur était assimilé à un propriétaire. *Tutor, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet* (27, D., XXVI, 7). Les pouvoirs du tuteur furent successivement restreints, d'abord dans la législation romaine, puis dans l'ancien droit français; depuis la promulgation du code, de nouvelles restrictions y ont été apportées. Mais, malgré les brèches qui y ont été pratiquées, le vieux principe romain est resté debout. Il est en ruines, si l'on veut; le champ d'application en est aujourd'hui singulièrement réduit. Mais c'est toujours le même principe qui régit encore la tutelle, en droit, sinon en fait.

Ainsi la règle que le tuteur est omnipotent résulte de l'histoire de notre institution. La lecture des textes du code vient corroborer cette proposition. Les rédacteurs du code civil étaient profondément imbus des idées traditionnelles. Ils ont déterminé comme on l'avait fait avant eux les pouvoirs du tuteur. Ils énumèrent en effet les restrictions qu'ils ont entendu apporter à ses pouvoirs. Ils donnent une énumération, qui paraît limitative, des actes interdits au tuteur et de ceux qui ne peuvent être accomplis par lui qu'avec certaines autorisations ou certaines formalités. Donc, tous les autres actes, le tuteur peut les faire, et il peut les faire seul. La loi du 27 février 1880 nous fournit une nouvelle application du procédé traditionnel. Elle a limité les pouvoirs du tuteur en ce qui concerne les valeurs mobilières du mineur. Le législateur a donc considéré que le tuteur pouvait faire antérieurement les actes que la loi nouvelle lui a interdits. On pourrait dire, il est vrai, que c'est la solution admise par la jurisprudence relativement aux pouvoirs du tuteur qui a rendu nécessaire la promulgation de cette loi, et que cela ne prouve aucunement que cette solution fût fondée. Nous répondrions que, bon gré mal gré, le législateur s'est approprié l'interprétation admise par la jurisprudence et que lui aussi a considéré l'omnipotence du tuteur comme constituant la règle, à laquelle il est venu édicter une dérogation.

Quant aux arguments que l'on tire, dans le système que nous combattons, des termes de l'art. 450 et de la rubrique sous laquelle ce texte est placé, ils peuvent être aisément réfutés. D'abord il suffit de lire en entier l'alinéa 2 de l'art. 450, pour voir que le mot *administration* y est pris comme synonyme de *gestion;* en effet il se termine par ces mots : « et répondra des dommages-intérêts résultant d'une mauvaise *gestion* ». Or les mots *gérer, gestion,* comprennent même les actes de disposition. Cela résulte à l'évidence des articles suivants, où la loi traite des actes les plus divers et les plus graves, tels que le partage, l'aliénation des immeubles, la constitution d'hypothèque, la transaction. Puis le législateur, dans l'alinéa 2 de l'art. 450, n'a pas eu pour but de dire *que le tuteur a le pouvoir d'administrer;* en disant que le tuteur administrera en bon père de famille, il a voulu simplement déterminer l'étendue de sa responsabilité et dire *comment le tuteur doit administrer ou gérer :* sa gestion doit être celle d'un bon père de famille.

Enfin, aux considérations générales exposées plus haut nous pouvons répondre par des considérations du même ordre. La distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition est singulièrement vague et imprécise. Quel est le critérium qui permettra de déterminer quels actes sont des actes d'administration, quels autres sont des actes de disposition? Dans le doute, les tiers agiraient prudemment en exigeant, pour traiter avec le tuteur, que celui-ci remplît les formalités déterminées par la loi pour les actes de disposition. Mais quelles seraient ces formalités? La loi, on le suppose, ne s'étant pas expliquée au sujet des actes dont il s'agit, la solution de cette question donnerait lieu aux plus graves difficultés. Or, ce qui est essentiel en cette matière, c'est que les pouvoirs du tuteur soient nettement définis et qu'il n'y ait pas d'hésitation possible sur leur étendue. Sinon l'administration du tuteur serait entravée, au grand préjudice du mineur. Il importe donc de reconnaître au tuteur le pouvoir de faire tout ce que comporte sa mission, sauf au législateur, dans les cas les plus graves et lorsque l'intérêt du mineur lui paraît l'exiger, à soumettre le tuteur à l'observation

de conditions spéciales, déterminées d'une manière précise (1).

Il faut bien reconnaître d'ailleurs que le principe de l'omnipotence du tuteur n'a plus guère aujourd'hui qu'une valeur théorique. En fait, par suite des restrictions de plus en plus nombreuses qui y ont été apportées, les pouvoirs du tuteur se réduisent à peu près exclusivement aux actes d'administration. C'est peut-être ce qui explique, dans une certaine mesure, l'évolution qui paraît s'être opérée dans la jurisprudence. Avant la loi du 27 février 1880, la cour de cassation admettait implicitement ou formellement le principe de l'omnipotence du tuteur (2). Depuis la promulgation de cette loi, la jurisprudence a probablement considéré que celle-ci avait porté le dernier coup au principe traditionnel, et qu'il n'est guère utile aujourd'hui d'en affirmer encore l'existence. Aussi la cour de cassation a-t-elle exprimé à plusieurs reprises cette idée que le tuteur est simplement l'administrateur des biens de son pupille (3).

Au surplus, il ne faut pas se méprendre sur le sens du principe de l'omnipotence du tuteur, quelle que soit la portée qu'on lui donne. Il signifie seulement que les actes accomplis par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs sont valables à l'égard des tiers, et que par suite le mineur doit en subir les conséquences, mais sauf son recours contre son tuteur, si celui-ci a accompli un acte de mauvaise gestion, qui engage sa responsabilité d'après les règles du droit commun.

N° 2. **Applications. Actes que le tuteur peut faire seul.**

506. En vertu du principe général que nous venons d'exposer, le tuteur a le pouvoir de faire seul et sans autorisation

(1) Sur l'étendue des pouvoirs du tuteur, cpr. codes civ. portugais, art. 643 s. ; italien, art. 277 et 296 ; espagnol, art. 262 s. ; néerlandais (sections X et XI du titre de la tutelle) ; allemand, art. 1773 ; du Bas-Canada, art. 290.

(2) Depuis 1873, tout au moins. Cass., 3 fév. 1873, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 354, S., 73. 1. 61. — Cass., 4 août 1873, D., 75. 5. 468, S., 73. 1. 441 et la note. — *Adde* Nîmes, 15 déc. 1853, S., 54. 2. 332. — Besançon, 16 janv. 1891, D., 91. 2. 279.

(3) Cass., 22 juin 1880, D., 80. 1. 318, S., 81. 1. 23. — Cass., 1er avril 1889, S., 89. 1. 217. — Cass., 6 mars 1893, D., 93. 1. 473. — V. cep. Cass., 26 fév. 1890, D., 90. 1. 290, S., 90. 1. 216 ; 13 mars 1905, D., 06. 1. 165.

tous les actes au sujet desquels la loi n'a pas édicté de règles particulières. Nous allons passer en revue un certain nombre de ces actes.

507. Ainsi le tuteur peut faire seul tous les actes nécessaires à la bonne exploitation des biens du mineur. Il peut les cultiver lui-même, sans qu'il lui soit nécessaire d'y être autorisé par le conseil de famille [1]. Il peut engager des ouvriers ou des domestiques, obliger le mineur envers les fournisseurs, vendre de gré à gré les fruits et les récoltes [2].

508. Que le tuteur ait le droit de faire seul les réparations d'entretien, cela ne nous paraît pas douteux. C'est un acte nécessaire et incontestablement un acte d'administration. Aussi l'accord est-il unanime sur ce point. Le tuteur peut et doit faire ces réparations, non seulement lorsqu'il dispose de fonds suffisants, mais même aussi lorsqu'il n'y a pas entre ses mains de sommes pouvant être affectées à ces dépenses. Dans ce dernier cas, les traités qu'il aura passés avec des tiers en vue de faire ces réparations seront valables sans qu'il soit besoin de l'autorisation du conseil de famille. Le mineur sera obligé par l'acte de son tuteur. Les tiers créanciers en vertu de cet acte auront donc action contre lui, et pourront exercer leur droit de gage général sur tous ses biens, meubles

[1] Duranton, III, n. 548; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 221, texte et note 4; Demolombe, VII, n. 644; Laurent, V, n. 45; Aubry et Rau, I, § 112, note 32. — *Contra* Magnin, I, n. 675; Dalloz, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 482.

[2] Quels sont les pouvoirs du tuteur en ce qui concerne les coupes de bois? Si le bois est déjà mis en coupes réglées, au moment où commence la gestion du tuteur, le tuteur peut, à notre avis, vendre les coupes en se conformant à l'aménagement. Un pareil acte est incontestablement un acte d'administration, et la vente faite par le tuteur sera valable et obligatoire pour le pupille (Demolombe, VII, n. 645. — Cpr. Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 15). Mais que faut-il décider si le bois n'est pas aménagé en coupes réglées? Peut-être conviendrait-il de distinguer suivant les circonstances. Si le bien du mineur n'a pu antérieurement être aménagé (c'était, par exemple, une lande que le tuteur a fait complanter en essences résineuses), le tuteur pourra faire lui-même l'aménagement et vendre ensuite, aux époques fixées par le plan d'aménagement, les coupes auxquelles il y aura lieu de procéder pendant le cours de la tutelle. Ce sont des actes de sage administration. Si le bien du mineur est une futaie non aménagée, il en serait autrement. La forêt non aménagée est un capital immobilier dont le tuteur ne peut disposer sans remplir les conditions de l'art. 457. — Cpr. Chardon, *op. cit.*, n. 409; Demolombe, VII, n. 646. — Une distinction du même genre devrait être faite pour l'exploitation des carrières. Demolombe, VII, n. 647.

ou immeubles. Sans doute, il pourra ainsi arriver que les immeubles du mineur soient l'objet d'une expropriation forcée. Mais il n'y a pas là un motif d'exiger, pour la validité des engagements contractés par le tuteur, l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 457 en ce qui concerne la vente des immeubles du pupille. Autre chose est aliéner directement les immeubles ; autre chose contracter des obligations susceptibles d'être ramenées à exécution sur les biens de cette nature.

La question de savoir quels sont les pouvoirs du tuteur en matière de grosses réparations est beaucoup plus délicate. Les anciens auteurs paraissent avoir été divisés sur ce point (1). Le silence gardé par les rédacteurs du code civil a fait naître des difficultés. Nous pensons qu'il convient d'appliquer ici le principe de l'omnipotence du tuteur. Le tuteur pourra donc, par cela même que la loi ne le lui interdit pas, employer les fonds disponibles à faire les grosses réparations, sans avoir besoin de se faire autoriser par le conseil de famille, sauf, bien entendu, à se voir ensuite contester l'utilité de ces dépenses. Il pourra même, sans cette autorisation, engager les dépenses, bien que ne disposant pas actuellement des sommes nécessaires, et le mineur se trouvera valablement obligé envers les tiers, architectes, entrepreneurs, ouvriers, avec lesquels le tuteur aura traité en son nom (2).

Des deux solutions que nous venons d'indiquer, la première est très généralement admise. Il n'en est pas de même de la seconde. Certains auteurs décident en effet que le mineur peut demander l'annulation du traité passé par le tuteur en vue d'effectuer de grosses réparations, même si les tiers ont été de bonne foi, car le tuteur n'a pas qualité pour

(1) V. Meslé, *op. cit.*, I, VIII, n. 27; Pothier, *Des personnes*, I, VI, art. 4.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 221, note 5; Laurent, V, n. 44; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 50; Vigié, I, n. 772; Beudant, II, n. 878; Planiol, I, n. 1886. — Cpr. Cass., 1er avril 1889, S., 89. 1. 217. Nous admettrions cependant que les tiers n'auraient pas d'action contre le pupille pour obtenir leur paiement, s'ils étaient de mauvaise foi, c'est-à-dire s'ils avaient pu se rendre compte de l'inutilité de la dépense. Dans ce cas, ils auraient commis une faute dont ils doivent supporter les conséquences. Aubry et Rau, *loc. cit.*

contracter en son nom de pareils engagements. Il n'en serait autrement que si celui-ci avait été autorisé à cet effet. Et d'après les uns, il suffirait au tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille; d'autres veulent que la délibération du conseil de famille soit homologuée par la justice (1). Cette opinion se fonde sur les considérations suivantes : Il résulte, dit-on, de l'économie générale du code que le tuteur ne peut contracter d'engagements opposables au mineur que dans le cas où ces engagements ne sont pas de nature à entamer les capitaux de celui-ci. Telle est l'idée qui ressort des art. 454 à 456, aux termes desquels les *revenus* du mineur sont affectés aux dépenses de l'administration, et de l'art. 457 qui ne permet pas au tuteur d'emprunter, sans autorisation, pour le compte de son pupille. Or les grosses réparations, lorsque le tuteur n'a pas entre les mains des fonds disponibles, sont, de leur nature même, payables sur le capital. Les tiers ne peuvent pas l'ignorer, puisque cela résulte de la nature même de ce genre de dépenses. — Cette argumentation ne nous semble pas décisive. Le prétendu principe dont elle allègue l'existence n'est écrit nulle part dans nos lois. L'art. 454, nous l'avons déjà noté, n'a trait qu'aux *dépenses courantes* de l'administration tutélaire. Quant à l'art. 457, il doit être mis hors de cause. Il statue en vue des *emprunts* qu'il peut être utile ou nécessaire de faire au nom du pupille, opérations toujours extrêmement graves et au sujet desquelles la loi devait prendre des mesures spéciales. On ne peut en étendre la disposition aux actes dont nous nous occupons, dont la nature juridique n'est pas la même, et qui présentent aussi de moindres dangers (2).

509. Le tuteur a le pouvoir de passer avec des tiers les contrats ayant pour but d'assurer contre tous risques quelconques les biens mobiliers et immobiliers du mineur. C'est même pour lui une obligation. S'il n'assurait pas les biens de

(1) Toullier, II, n. 1269 ; Demolombe, VII, n. 649 s. — Cpr. Zachariæ, I, § 221, texte et note 5 ; Duranton, III, n. 559. — Cass., 1er avril 1889, *supra*.

(2) Sur les pouvoirs du tuteur en ce qui concerne les grosses réparations, V. codes civils portugais, art. 224 et 243 ; espagnol, art. 269 ; autrichien, art. 233 ; de Zurich, art. 182 et 184.

son pupille, ou si, après avoir contracté l'assurance, il négligeait d'acquitter les primes annuelles, il engagerait sa responsabilité [1].

510. De même, le tuteur peut, sans aucune autorisation, louer les biens meubles du mineur, si telle est leur destination. Il a également qualité pour donner à bail les immeubles de son pupille; il règlera seul et sous sa responsabilité les conditions du bail. Il pourra traiter de gré à gré, sans être astreint à l'observation d'aucune formalité de publicité. Cela résulte de l'art. 1718, qui déclare applicables aux baux des biens de mineurs les dispositions des art. 1429 et 1430 [2].

Ces deux derniers textes apportent aux pouvoirs du tuteur, en cette matière, une double restriction, dont l'une est relative à la durée des baux, et l'autre à leur renouvellement.

Durée du bail. — Si la durée du bail n'excède pas neuf ans, le contrat peut être opposé au mineur ou à ses représentants pour tout le temps pour lequel il a été conclu.

Si le bail est fait pour plus de neuf ans, il n'est opposable, après la cessation de la tutelle, au mineur ou à ses représentants, que pour ce qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve à ce moment. Le tuteur peut-il, au cours de la tutelle, rompre le contrat à l'expiration de l'une quelconque des périodes de neuf ans entre lesquelles se fractionne la durée du bail? Plusieurs auteurs l'admettent [3]. Pour eux, le bail de plus de neuf ans est un acte qui excède les bornes des pouvoirs du tuteur. Donc il est nul, pour ce qui dépasse la durée de neuf ans. La nullité du contrat ne peut sans doute pas être invoquée par le preneur. Mais elle peut l'être par le tuteur, agissant au nom du mineur, dans l'intérêt duquel elle a été établie. L'ancienne jurisprudence avait, dit-on, consacré ce système. — Cette manière de voir a été

[1] Besançon, 1er avril 1863, D., 63. 2. 93. — Rennes, 8 janv. 1897, S., 97. 2. 127.

[2] Proud'hon, II, p. 365 et 366; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 221, note 8; Demolombe, VII, n. 638; Laurent, V, n. 46; Aubry et Rau, I, § 113, p. 716. — Rouen, 30 nov. 1840, S., 41. 2. 137. — Cpr. codes civ. italien, art. 296; portugais, art. 243 et 263 s.; de Zurich, art. 784.

[3] Valette sur Proudhon, II, p. 371; de Fréminville, I, n. 535; Marcadé, II, n. 264; Demante, II, n. 221 *bis*, I; Demolombe, VII, n. 640, 640 *bis*.

rejetée, avec raison, par la cour de cassation [1]. Elle établit, en effet, une différence inexplicable entre les baux de plus de neuf ans qui sont faits par le tuteur et ceux qui sont faits par le mari. Or, l'art. 1718 renvoyant expressément aux art. 1429 et 1430, ce sont les mêmes règles qui doivent être appliquées aux uns et aux autres. Cela est, du reste, conforme aux principes de la tutelle. Le tuteur peut faire tous les actes qui ne lui sont pas interdits. Or, aucun texte ne lui enlève le pouvoir de passer des baux pour une durée de plus de neuf ans. Donc les baux de cette nature qu'il aura faits seront valables et le tuteur ne pourra en demander l'annulation au nom de son pupille. Seulement ces baux, *lorsque la tutelle prendra fin*, ne seront opposables au mineur que pour une certaine durée. La cessation de la tutelle correspond à la dissolution de la communauté dont il est question aux art. 1429 et 1430. Les textes sont trop clairs pour qu'il soit permis de chercher des arguments dans notre ancienne jurisprudence [2].

Renouvellement du bail. — Pour le renouvellement du bail, le tuteur doit se conformer aux dispositions de l'art. 1430. De la combinaison des règles posées par les art. 1429 et 1430, il peut, dès lors, résulter que le pupille devenu majeur soit lié pour une durée maxima de onze ou douze ans, suivant les cas [3].

Sous les conditions établies par la loi, conditions qui se réfèrent uniquement à l'opposabilité du bail au mineur après la cessation de la tutelle, le tuteur jouit d'une très grande latitude. Il peut renouveler le bail par anticipation, et cela alors même que l'exécution du bail renouvelé ne doit commencer qu'après l'extinction de ses pouvoirs. Le mineur doit respecter le contrat dans les limites fixées par l'art. 1430, sauf, bien entendu, à demander, le cas échéant, des dommages-intérêts au tuteur. La doctrine est, sur ce point, à peu près unanime [4].

[1] Cass., 7 fév. 1865, S., 65. 1. 57, D., 65. 1. 219.

[2] Laurent, V, n. 47; Huc, III, n. 381; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 62; Vigie, I, n. 774.

[3] Req. Cass., 22 fév. 1870, D., 70. 1. 100.

[4] Valette sur Proudhon, II, p. 372; Demolombe, VII, n. 641; Massé et Vergé

Le tuteur, avons-nous dit, règle librement les conditions du bail. Peut-il stipuler que les loyers seront payables d'avance? La négative est presqu'unanimement admise, sauf pour le cas où une pareille stipulation est conforme aux usages locaux. La loi assimile le tuteur à l'usufruitier et au mari en ce qui concerne les baux. Les mêmes principes doivent être appliqués aux uns et aux autres. La clause dont il s'agit doit être considérée comme une aliénation de jouissance qui pourrait mettre le mineur dans la gêne. A ce titre, elle est nulle, et la nullité rejaillit sur le preneur, qui peut voir critiquer les paiements qu'il a faits pour toute la période qui suit l'expiration des pouvoirs du tuteur (1).

511. En vertu du mandat général qui lui est conféré, le tuteur peut procéder au règlement des comptes dans lesquels le mineur est intéressé, à la condition de ne pas aggraver la situation de celui-ci (2). Il a même été décidé, mais ce point est contesté, que le tuteur a le pouvoir de renouveler, au nom du mineur, une lettre de change souscrite par l'auteur de celui-ci (3).

512. Il est certain que le tuteur peut payer sans autorisation les dettes du mineur. C'est même un devoir pour lui de consacrer à ce paiement les fonds disponibles qui sont entre ses mains. Si, faute de paiement à l'échéance, le mineur se trouve passible d'intérêts moratoires, le tuteur en sera responsable. Il en sera ainsi, alors même que ces fonds sont en sa possession depuis moins de six ou trois mois. Car ces délais de six ou trois mois lui sont accordés pour lui permettre de trouver un placement avantageux, et non pour l'autoriser à garder des sommes improductives, alors que

sur Zachariæ, I, § 221, note 9; Laurent, V, n. 48; Aubry et Rau, I, § 113, note 61; Arntz, I, n. 734. — *Contra* Duranton, III, n. 545; Zachariæ, *loc. cit.*

(1) De Fréminville, I, n. 537; Demolombe, VII, n. 642; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 29; Planiol, I, n. 1889. — Limoges, 28 janv. 1824, S., 24. 2. 233, *J. G.*, v° *cit.*, n. 480. — Poitiers, 2 juil. 1845, D., 46. 2. 128. — *Contra* Laurent, V, n. 49.

(2) Cass., 25 nov. 1861, D., 62. 1. 131, S., 62. 1. 192. — Grenoble, 11 janv. 1864, S., 64. 2. 249, D., 65. 2. 57. — Besançon, 16 janv. 1891, D., 91. 2. 279. — Cpr. Laurent, V, n. 54; Demolombe, VII, n. 654.

(3) Cass., 22 juin 1880, D., 80. 1. 318, S., 81. 1. 23. — Aubry et Rau, I, § 113, note 52.

le mineur est tenu d'une dette exigible produisant des intérêts.

La loi fait au tuteur l'obligation de gérer en bon père de famille. Donc il ne doit payer que les dettes dont l'existence n'est pas douteuse; sinon le paiement fait par lui pourrait être répété; car il n'a pas qualité pour reconnaître la légitimité d'une créance douteuse [1]. Mais, au contraire, si l'existence de la créance est certaine, le tuteur a qualité pour la reconnaître et renouveler le titre qui la constate [2].

Le tuteur peut, sous sa responsabilité, payer les dettes non exigibles du mineur. Si la dette payée avant l'échéance n'est pas productive d'intérêts, il devra opérer la déduction de l'escompte. De même, si la dette soldée par anticipation produit intérêts au-dessous du taux courant, il devra se faire faire l'escompte de la différence entre le taux courant et le taux stipulé [3].

513. Si le tuteur est créancier du mineur, il peut incontestablement se payer lui-même; l'intervention du subrogé tuteur n'est pas nécessaire [4]. Supposons qu'il ait entre les mains une somme suffisante pour éteindre sa créance contre son pupille. Sa créance s'éteindra-t-elle de plein droit par voie de compensation? Certains auteurs l'ont enseigné [5]. Il y a là, à notre avis, une erreur, ou plutôt une manière incorrecte de s'exprimer. Pour que la compensation légale ait lieu, il faut que les deux créances qui se compensent respectivement soient toutes deux exigibles. Or la créance du tuteur contre son pupille est exigible, par hypothèse. Mais il n'en est pas de même de celle que le mineur a contre son tuteur. Cette créance provient de ce que le tuteur a encaissé des fonds appartenant à son pupille. Elle se fond dans le compte qui existe entre eux. Elle perd, par cela même, son individualité propre pour devenir un des éléments qui servent à constituer

[1] Demolombe, VII, n. 654 et 692; Laurent, V, n. 54; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 57 *bis*. — Bordeaux, 24 juin 1859, D., 59. 2. 198.

[2] Cass., 22 juin 1880, *supra*. — Cpr. *supra*, n. 511.

[3] Demolombe, VII, n. 655; Laurent, V, n. 50; Aubry et Rau, I, § 113, p. 715.

[4] Demolombe, VII, n. 656; Laurent, V, n. 56; Aubry et Rau, *loc. cit.* — Toulouse, 21 juin 1832, S., 32. 2. 394. *J. G.*, v° *cit.*, n. 485.

[5] Toullier, II, n. 1219; Duranton, III, n. 566. — Toulouse, 21 juin 1832, *supra*.

le reliquat définitif du compte de tutelle. Ce reliquat ne sera déterminé qu'à la cessation de la tutelle. Par suite, il n'y a pas lieu à la compensation légale. Il convient d'ailleurs de reconnaître que, si la compensation ne s'opère pas, il se produit quelque chose d'analogue. Le tuteur peut se payer lui-même; on peut même dire qu'il y a là un devoir pour lui. Dès lors, on tiendra le paiement pour effectué, dès l'instant où il aura eu entre les mains les fonds nécessaires, et sa créance, à partir de ce moment, cessera d'exister et de porter intérêts [1]. Bien entendu, il y aurait lieu à une véritable compensation si le tuteur, créancier du pupille pour une somme exigible, se trouvait en même temps son débiteur d'une somme également exigible, en vertu d'une cause indépendante de la gestion tutélaire. Les conditions de la compensation légale seraient alors réunies [2].

Si le tuteur, dont la créance contre le mineur est actuellement exigible, ne possède pas, pour le compte de celui-ci, une somme suffisante pour se payer intégralement, sa créance produit-elle de plein droit intérêts? On l'a prétendu en se fondant sur les art. **474**, **1473** et **2001** C. civ. De ces textes, a-t-on dit [3], résulte la règle générale suivante : la loi fait courir les intérêts de plein droit et sans demande, toutes les fois que la créance existe entre deux personnes qui ne peuvent pas ou ne doivent pas exercer l'une contre l'autre une action en justice. Cette solution est très généralement rejetée. Car la prétendue règle que l'on invoque ne résulte nullement des textes dont on la fait découler. Quelques auteurs disent qu'il est nécessaire, pour que les intérêts courent au profit du tuteur, que celui-ci ait formé une demande contre le subrogé tuteur (il suffirait aujourd'hui de se conformer aux règles établies par la loi du 7 avril 1900, qui a modifié l'art. **1153**) [4].

[1] Demolombe, VII, n. 657; Laurent, V, n. 56.

[2] Laurent, *loc. cit.*

[3] Delvincourt, I, p. 123, note 4. — Cass., 20 déc. 1869, D., 71. 1. 309. — Caen, 6 janv. 1872, D., 74. 5. 523. — Douai, 23 nov. 1874, D., 76. 2. 83.

[4] En effet la créance du tuteur est un des éléments du compte de tutelle. Or il résulte de l'art. 474 que le reliquat en faveur du tuteur porte intérêt à dater seulement de la sommation de payer qui a suivi la clôture du compte. Mais le tuteur, étant, par hypothèse, créancier en vertu d'une cause étrangère à sa gestion, pour-

A notre avis, ces deux solutions sont également exagérées. Il vaut mieux laisser au conseil de famille le soin de statuer sur cette question. Il dira si le tuteur a droit à des intérêts, ou s'il ne convient pas plutôt de contracter un emprunt, ou de faire vendre des biens du mineur, afin de le rembourser [1].

514. Il se peut que le tuteur ait fait des avances à son pupille, sur ses deniers personnels. Il acquiert, de ce chef, une créance qu'il pourra faire figurer dans son compte de tutelle. Peut-il en demander le remboursement avant la cessation de la tutelle, s'il n'a pas en mains les fonds nécessaires pour se payer lui-même? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, bien que la solution contraire ait été admise dans l'ancien droit [2]. On dit, contre notre manière de voir, que la créance du tuteur a sa cause dans la gestion tutélaire, et que, à ce titre, le tuteur ne peut être créancier que d'un reliquat de compte. C'est donc seulement au jour de la clôture du compte que l'on pourra savoir si le tuteur est créancier, et quel est le montant de sa créance [3]. Ce raisonnement repose sur une confusion. Le tuteur n'est pas obligé de faire des avances au pupille. S'il en fait, il doit être traité comme un créancier ordinaire; il faut lui reconnaître, par conséquent, le droit de demander le paiement immédiat, et, si le mineur n'a pas de fonds actuellement disponibles, le tuteur pourra exercer, à cet effet, une action contre le subrogé tuteur [4]. S'il n'a pas réclamé le paiement, il ne pourra sans doute pas porter en compte les intérêts des sommes avancées par lui. L'art. 474 est en effet formel. Mais il aurait ce droit, soit s'il a fait courir les intérêts conformément à l'art. 1153 C. civ., soit s'il a obtenu du conseil de famille une autorisation spéciale (*supra*, n. 513) [5].

[1] Duranton, III, n. 566; Demolombe, VII, n. 658.

[2] L. 1, § 3, D., XXVI, 4. — Meslé, *op. cit.*, I, XII, n. 2.

[3] Dalloz, *J. G.*, *v° cit.*, n. 486, et *Suppl.*, n. 378. — Cpr. Duranton, III, n. 646. — Rouen, 14 juin 1870, D., 72. 2. 142. — Cass., 9 déc. 1874, D., 75. 1. 411.

[4] Demolombe, VIII, n. 49; Laurent, V, n. 56.

[5] Demolombe, VII, n. 659. — Cpr. Laurent, V, n. 57. — Lyon, 16 fév. 1835, *J. G.*, *v° Puiss. paterne.*, n. 151.

515. On admettait, dans l'ancien droit, que la prescription ne courait pas, pendant la tutelle, contre le tuteur, au profit du mineur ([1]). Certains auteurs reproduisent encore aujourd'hui cette solution ([2]). Mais elle est condamnée par les termes formels de l'art. 2251. La créance du tuteur contre son pupille pourra donc se prescrire pendant la tutelle ; mais, le tuteur, ayant utilement servi les intérêts de son pupille en ne le poursuivant pas, pourra, dans son compte de tutelle, porter une indemnité égale au montant de la créance prescrite ([3]).

516. Le tuteur est chargé de recevoir tout ce qui est dû à son pupille. La loi n'ayant pas, sur ce point, limité ses pouvoirs, il peut recevoir seul, et sans aucune assistance ni autorisation, le paiement des loyers, fermages, dividendes, intérêts et arrérages dus au mineur, ainsi que le remboursement des capitaux et toucher les sommes déposées à la caisse d'épargne au nom de son pupille ([4]). Il a même qualité pour recevoir le capital des rentes rachetées. Sans doute, il est tenu de faire emploi des sommes par lui touchées. Sans doute, aussi, la loi du 27 février 1880 l'a placé sous la direction du conseil de famille et le contrôle du subrogé tuteur, en ce qui concerne le mode d'emploi des capitaux. Mais cette loi n'a en rien modifié ses pouvoirs relativement à la perception même des sommes dues au mineur. L'art. 6 dispose en effet, dans sa partie finale : « *Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi* ». Et cette disposition, écrite en vue du paiement des capitaux, doit, *à fortiori*, être appliquée à celui des revenus ([5]). Les débiteurs du mineur peuvent donc, en toute sécurité, payer entre les mains du tuteur. Ils n'ont pas à craindre d'être forcés de payer une seconde fois si le tuteur ne fait pas des fonds qu'il touche l'emploi ordonné par le conseil de famille, et par suite ils n'ont pas le droit d'exiger que

([1]) Meslé, I, XII, n. 3.

([2]) Duranton, III, n. 604 ; Demolombe, VIII, n. 48.

([3]) Laurent, V, n. 58 ; Aubry et Rau, I, § 116, texte et note 13.

([4]) Trib. de Lorient, 23 mars 1881, S., 81. 2. 247, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 417. — Nancy, 7 janv. 1899, D., 00. 2. 273. — Cass., 13 mars 1905, D., 06. 1. 165.

([5]) Aubry et Rau, I, § 113, *note* 56.

le tuteur justifie d'un emploi fait par anticipation, ni même de l'emploi qu'il fera des deniers après les avoir touchés [1]. Ils n'ont même pas le droit d'exiger que le subrogé tuteur assiste le tuteur au moment de la réception des deniers.

C'est du reste un devoir pour le tuteur d'exiger le paiement des débiteurs du mineur dès que leur dette est exigible. S'il ne le faisait pas, il serait responsable envers le mineur du dommage que son inaction a pu causer à celui-ci [2].

Si le débiteur d'une rente constituée se trouvait dans l'un des cas où, d'après l'art. 1912 C. civ., son créancier peut le contraindre au rachat, le tuteur aurait certainement le pouvoir de l'y obliger, au nom de son pupille. Car il s'agit là d'une action mobilière dont le tuteur a l'exercice. Mais devrait-il le faire nécessairement? C'est une question dont la solution doit varier suivant les circonstances. Il y a lieu de se demander s'il vaut mieux laisser le capital entre les mains du débirentier, ou le lui retirer pour chercher un placement nouveau. Depuis la loi du 27 février 1880, l'indépendance du tuteur n'est plus absolument entière. Comme au fond il s'agit d'une question d'emploi, le conseil de famille a certainement le droit d'intervenir et de prescrire au tuteur la mesure qu'il doit prendre. Si le conseil de famille n'a pris à cet égard aucune délibération, le tuteur décidera sous sa responsabilité [3].

517. De ce que le tuteur a qualité pour recevoir le paiement fait au mineur, il résulte cette conséquence qu'il peut donner main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour sûreté de la créance et donner décharge aux débiteurs et aux cautions [4].

518. Si le tuteur est lui-même débiteur du pupille, il doit payer à l'échéance. Il n'est pas nécessaire évidemment que ce paiement soit fait d'une manière effective. Le tuteur est censé s'être acquitté de sa dette le jour de l'échéance, et il en

[1] Trib. de Saint-Die, 22 juin 1882. *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 417, S., 82. 2. 231.

[2] Demolombe, VII, n. 662.

[3] Cpr. Demolombe, VII, n. 663.

[4] Demolombe, VII, n. 664.

doit les intérêts, à défaut d'emploi, non pas à dater de l'échéance [1], mais à l'expiration du délai qui lui est imparti pour employer les deniers pupillaires [2].

519. Le tuteur ne peut pas, nous le verrons plus tard, faire au débiteur du pupille remise de sa dette. Mais il peut représenter le mineur à un concordat, et consentir à une remise de la dette du failli, du moins lorsque le mineur n'a qu'une créance chirographaire. La remise de dette consentie dans un concordat ne constitue pas en effet une libéralité ; elle peut d'ailleurs être imposée au mineur par le vote de la majorité des créanciers [3].

520. Le tuteur peut accorder au débiteur, sous sa responsabilité personnelle, une prorogation de délai. Il pourrait en effet placer le capital, s'il l'avait reçu, entre les mains du même débiteur. Donc il peut le lui laisser en lui accordant un nouveau délai [4]. Il convient cependant de tenir compte du droit de direction que la loi du 27 février 1880 a conféré au conseil de famille en ce qui concerne l'emploi des deniers pupillaires (*infra,* n. 522).

521. Nous admettrons encore que le tuteur peut faire une novation de la créance de son pupille. Ayant le pouvoir de recevoir le paiement et de faire emploi des capitaux, il a également qualité pour consentir une novation par changement de débiteur, ou même une novation par changement de dette. Le tout sous sa responsabilité personnelle et sous la réserve des pouvoirs aujourd'hui reconnus au conseil de famille [5].

522. Lorsque le tuteur a entre ses mains des fonds disponibles appartenant à son pupille, nous savons que la loi lui impose l'obligation d'en opérer le placement dans un certain délai. Mais qui déterminera le mode d'emploi et comment ce

[1] *Contra :* Valette sur Proudhon, II, p. 362, n. 4. — Cpr. Cass., 13 juin 1881, S., 82. 1. 220.

[2] Zachariæ, I, § 219, p. 431 ; Laurent, V, n. 55 ; Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (*h*) ; Planiol, I, n. 1894. — Cpr. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 219, note 32 ; Marcadé, II, n. 258 ; Demolombe, VII, n. 616.

[3] Demolombe, VII, n. 661. — Cass. (motifs), 18 juil. 1843, S., 43. 1. 778.

[4] Demolombe, VII, n. 667. — *Contra* de Fréminville, I, n. 264.

[5] Demolombe, VII, n. 668. — Aix, 10 mai 1906, D., 06. 2. 352. — *Contra* Magnin, II, n. 1095. — Cpr. de Fréminville, I, n. 264-5°

placement sera-t-il effectué ? Les règles à suivre varient, suivant qu'il s'agit du placement des économies réalisées sur les revenus ou de celui des capitaux.

La loi du 27 février 1880 ne s'est pas occupée du placement de l'excédent des revenus sur la dépense. Les art. 455 et 456 C. civ. seront donc seuls applicables. Or ces textes laissent au tuteur une entière liberté en ce qui concerne la manière dont ces fonds devront être employés. Le tuteur décidera par conséquent sous sa responsabilité.

Sous l'empire du code, il jouissait de la même liberté en ce qui concerne le placement des capitaux du mineur. Il pouvait donc placer comme il l'entendait [1], et il n'était responsable des mauvais placements qu'en cas de dol ou de faute grave [2]. Sous l'empire de cette législation, on a vu des tuteurs jouer à la Bourse avec les capitaux pupillaires et les engloutir dans cette dangereuse spéculation. D'autres faisaient pour le compte de leurs pupilles des placements détestables, et, dans les cas assez rares où ils étaient déclarés responsables de ce chef par les tribunaux, comme coupables de dol ou de faute lourde, leur insolvabilité rendait parfois tout recours contre eux illusoire. La loi du 27 février 1880 a remédié en partie à ces dangers. Elle décide, dans son art. 6, al. 2, que « *les règles prescrites par les articles ci-dessus* » seront applicables à l'emploi des capitaux du mineur. Mais quelle est au juste la portée de cette disposition? Cette question a soulevé d'assez sérieuses difficultés.

Pour certains auteurs, la loi a simplement voulu, par là, interdire l'achat de valeurs au porteur et ordonner l'achat de valeurs nominatives [3]. Que la loi ait entendu proscrire l'acquisition de titres au porteur, cela ne nous paraît pas douteux en effet, puisqu'elle exige, d'autre part, la conversion en titres nominatifs des titres au porteur appartenant au mineur. Mais ce n'est pas seulement cela que le législateur a voulu dire. Le texte renvoie, non pas seulement à l'art. 5

(1) Sauf dans le cas prévu par les art. 457 et s. — V. Demolombe, VII, n. 672.

(2) V. sur ce point Demolombe, VII, n. 669 s. — *Adde* Douai, 24 juin 1881, S., 82. 2. 60, *J. G.*, *Suppl.*, 4e *éd.*, n. 351.

(3) Lefebvre, *op. cit.*, n. 223; Lyon-Caen, *Note*, S., 85. 2. 97.

qui prescrit cette conversion, mais aussi aux autres articles qui précèdent.

Aussi, dans une autre interprétation proposée par une partie de la doctrine (1) et consacrée par certains arrêts (2), a-t-on dit que les règles édictées par les art. 1 à 3, relativement à l'aliénation des valeurs mobilières, s'appliquent également à l'emploi des capitaux. Autrement dit, l'achat de valeurs mobilières pour le compte du mineur est soumis aux mêmes conditions, aux mêmes formalités que l'aliénation de ces valeurs. Et bien plus, ces formalités doivent être observées, même si le placement se fait autrement qu'en valeurs de cette nature. Par conséquent, quel que soit le mode d'emploi, le tuteur devrait toujours obtenir l'autorisation du conseil de famille, et la délibération du conseil de famille devrait, en outre, être homologuée par la justice, si la somme à employer excède 1.500 francs.

Cette interprétation nous paraît bien difficilement admissible. Elle ne peut trouver aucun appui dans les travaux préparatoires (3). Et si elle était fondée, le législateur aurait organisé un système singulièrement compliqué et onéreux pour le mineur. Les frais que nécessiteraient la convocation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seraient, dans bien des cas, hors de proportion avec l'importance de la somme à employer. Les intérêts du mineur seraient souvent gravement compromis. Aussi croyons-nous que la formule trop générale et compréhensive de notre texte ne doit pas être prise à la lettre. Le législateur a pensé, en l'écrivant, à la partie finale de l'art. 1, en même temps qu'à l'art. 5. Il a simplement voulu permettre au conseil de famille de contrôler le placement des capitaux du mineur. Le conseil de famille

(1) Huc, III, n. 416 s.; Planiol, I, n. 1900.

(2) Paris, 21 mai 1884, D., 85. 2. 177, S., 85. 2. 97. — Paris, 13 janv. 1885, D., 85. 2. 177, S., 85. 2. 101. — Rennes, 9 fév. 1904, D., 04. 2. 263. — Toulouse, 19 mars 1906, D., 06. 2. 192. — Cpr. Cass., 28 fév. 1889, D., 05. 1. 28.

(3) L'art. 6, qui n'existait pas dans le projet primitif, y a été ajouté par la commission du Sénat, dans le but de faire cesser la controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si l'art. 455 C. civ. imposait au tuteur l'obligation d'employer les capitaux de son pupille (V. le rapport de M. Denormandie, *Journ. off.*, 7 mai 1878, p. 4794 et 26 mai 1878, p. 5766).

pourra donc déterminer par anticipation le mode d'emploi des capitaux du mineur, quelle qu'en soit l'origine, dire s'ils seront placés en immeubles ou en valeurs mobilières, et indiquer dans ce dernier cas en quelles valeurs [1]. Le conseil de famille pourrait décider aussi que les deniers pupillaires ne resteront pas à la disposition du tuteur en attendant leur placement, et obliger le tuteur à les verser entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée. Les décisions du conseil de famille sur ces divers points sont obligatoires pour le tuteur, et le subrogé tuteur doit en surveiller l'exécution [2]. Arg. art. 7 de la loi. Si le conseil de famille n'a pas usé des pouvoirs que lui confère la loi du 27 février 1880, le tuteur aura le choix du placement. Il pourra donc, sans être tenu de se faire autoriser à cet effet, acheter pour le compte du mineur des rentes sur l'Etat ou autres valeurs mobilières (en titres nominatifs seulement), consentir des prêts à des particuliers, avec ou sans garanties hypothécaires, opérer le placement en achats d'immeubles, etc. [3]. Les actes faits par lui seront opposables au mineur, et celui-ci n'en pourra pas demander l'annulation contre les tiers, à moins de collusion entre ceux-ci et le tuteur.

523. Nous avons supposé que le tuteur a acquis un immeuble avec les fonds disponibles du pupille. Pourrait-il faire *à crédit* une pareille acquisition et obliger le mineur ou ses représentants à en payer le prix convenu? La question est controversée.

La négative est généralement admise. L'achat d'immeubles à crédit par le tuteur seul est, dit-on, inopposable au pupille. On a même soutenu qu'un acte de cette nature ne pourrait pas être valablement accompli par le tuteur, en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par la justice. Il y aurait là une spéculation aux dangers de laquelle la loi

[1] Coulon Boisdant, II, n. 842.

[2] Trib. de Montpellier, 27 juil. 1901. S., 02. 2. 21. Mais, en aucun cas, les tiers ne sont garants de l'emploi, art. 6, al. 3. — Aubry et Rau, I, § 112, note 31 *decies* (j).

[3] Delaisiau, *op. cit.*, n. 923. Aubry et Rau, I, § 112, texte et note 31 *decies* (j), § 113, texte et note 44. — Req., 10 mai 1906, D., 06. 2. 352. — V. cep. Taulier, II, p. 66; Magnitot, *op. cit.*, I, n. 685.

ne permet pas d'exposer le mineur, et qui est absolument interdite au tuteur [1]. La plupart des auteurs admettent que le tuteur pourrait acheter des immeubles à crédit, sous la condition d'y être autorisé par une délibération du conseil de famille, revêtue de l'homologation judiciaire. A leurs yeux, cette opération doit être assimilée à un emprunt, car les choses se passent comme si le tuteur avait emprunté de l'argent à un tiers pour le placer en immeubles. Il y a donc lieu d'appliquer les règles édictées par l'art. 457 [2]. Dans une autre opinion, il suffirait au tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille [3]. Les dispositions légales qui limitent les pouvoirs du tuteur en matière d'emprunt sont en effet exceptionnelles et ne doivent pas être étendues à un acte, qui, pour présenter à certains égards des dangers comparables à ceux qui résultent d'un emprunt, ne peut cependant être confondu avec l'emprunt, dont il diffère totalement au point de vue de ses caractères juridiques. Cet acte doit être permis au tuteur, parce qu'il s'agit d'un emploi, et, si l'on exige l'autorisation du conseil de famille, c'est par application de cette prétendue règle que nous avons déjà signalée, en vertu de laquelle le tuteur doit au moins être autorisé par le conseil de famille, lorsqu'il veut contracter une obligation de nature à entamer les capitaux du mineur. Cette autorisation nécessaire est d'ailleurs suffisante, car la loi n'exige nulle part l'intervention du tribunal.

Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer ici le principe de l'omnipotence du tuteur qui domine toute la matière. Le tuteur a le pouvoir d'obliger le mineur, par tous les actes que la loi ne lui défend pas d'accomplir. La question se réduit donc à savoir si l'achat à crédit d'un immeuble est un acte interdit au tuteur, comme la donation ou le compromis. Dès lors, elle doit, nous semble-t-il, être résolue par la distinction suivante [4] : Ou l'acquisition réalisée par le tuteur

(1) Planiol, I, n. 1922.
(2) Chardon, *op. cit.*, n. 496; Laurent, V, n. 60.
(3) Demolombe, VII, n. 677.
(4) Cpr. *supra*, n. 201.

constitue une véritable spéculation; il faut, dans ce cas, la considérer comme non opposable au mineur, car la mission du tuteur est de conserver et, s'il est possible, d'augmenter la fortune de celui-ci; il a donc le pouvoir de faire ce qui est conforme à ce but, mais non de spéculer aux risques du pupille. Ou, au contraire, l'acquisition dont il s'agit constitue un acte de sage administration; elle est faite, par exemple, dans le but de placer par anticipation des sommes non encore encaissées; dans ce cas, elle doit être tenue pour valable, alors même que le tuteur n'aurait pas été autorisé à cet effet par le conseil de famille (si du moins l'on admet l'interprétation que nous avons proposée de la loi du 27 février 1880). Telle paraît être la solution consacrée par la jurisprudence [1]. Le conseil de famille a d'ailleurs toujours le droit d'intervenir et de donner au tuteur des directions auxquelles celui-ci devra se conformer. Les tiers agiront même prudemment en exigeant la convocation du conseil de famille, qu'il vérifiera s'il s'agit bien d'un emploi anticipé.

524. Avant la loi du 27 février 1880, on admettait généralement que le tuteur avait le pouvoir d'aliéner seul les valeurs mobilières appartenant à son pupille. C'était l'application du principe général d'omnipotence. Les pouvoirs du tuteur ont été modifiés sur ce point par la loi du 27 février 1880. (V. *infra*, n. 576).

525. Le tuteur peut faire sans autorisation un partage provisionnel et de jouissance comme représentant du mineur. Nous reviendrons sur ce point. (V. *infra*, n. 588).

526. Jusqu'à présent, nous avons suivi les conséquences du principe d'omnipotence du tuteur en ce qui concerne les actes extrajudiciaires intéressant le mineur. Nous allons rechercher maintenant les actes que le tuteur a le pouvoir de faire seul en matière judiciaire.

527. Le code n'a pas limité les pouvoirs du tuteur relative-

[1] Cass., 5 janv. 1863, D., 63. 1. 77, S., 63. 1. 9. — Nancy, 9 mai 1885, D., 86. 2. 134, S., 87. 2. 137 et la note. — En ce sens, Duranton, III, n. 570; Aubry et Rau, I, § 118, note 6a. — Cpr. Cour de la Martinique, 31 août 1863 et Cass., 2 mai 1865, S., 65. 1. 356, D., 65. 1. 365.

ment à la défense en justice. Celui-ci peut donc, sans autorisation, défendre à toute action quelconque intentée contre le mineur, alors même qu'il s'agirait d'une action qu'il ne pourrait exercer activement sans l'autorisation du conseil de famille, comme par exemple l'action en partage (art. 465) ou une action immobilière.

La loi a donc établi une différence entre l'exercice actif et l'exercice passif de certaines actions. Les motifs de cette distinction sont faciles à saisir en ce qui touche l'action en partage. Quand le partage est demandé par un des cohéritiers du mineur, il devient une opération nécessaire; car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815), et tout intéressé a le droit d'exiger qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage; alors pourquoi demander au conseil de famille une autorisation qui ne saurait être utilement refusée? Au contraire, si les consorts du mineur ne prennent pas les devants, il peut être sage de les imiter. Un partage, provoqué avant la majorité du mineur, ne pourrait être fait valablement qu'en justice (art. 466). La loi a établi cette règle pour protéger les mineurs; mais cette protection est souvent la cause de leur ruine, car les partages judiciaires entraînent des frais considérables. Dans l'intérêt de tous les ayant droit, il sera souvent préférable, surtout si l'heure de la majorité du mineur est proche, d'attendre ce moment pour procéder à un partage amiable, dont les frais seront relativement minimes, et où les convenances réciproques des copartageants pourront être mieux observées. Voilà pourquoi la loi n'a pas permis au tuteur de prendre la périlleuse initiative de la demande en partage, sans l'autorisation du conseil de famille. Une distinction analogue a été établie par la loi en ce qui concerne les actions immobilières. Mais il n'est pas aussi aisé d'en rendre raison. Le législateur a peut-être considéré qu'il est plus périlleux d'intenter une action dont le résultat est douteux, que de défendre à une semblable action. En effet, toutes choses égales d'ailleurs, c'est le défendeur qui triomphera. La raison en est que la preuve incombe au demandeur, *actoris est probare;* il succombera s'il ne réussit pas à faire cette preuve, et par conséquent le défendeur obtiendra gain

de cause, *actore non probante reus absolvitur*. Le rôle du défendeur dans l'instance est donc plus aisé et moins périlleux que celui du demandeur, et cela explique tant bien que mal que le législateur permette plus facilement au tuteur la défense que l'attaque (1).

528. La loi n'ayant limité les pouvoirs du tuteur qu'en ce qui touche l'*exercice actif* des actions immobilières et des actions en partage, nous devrons en conclure que le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour *continuer* ou *reprendre* les instances de cette nature déjà introduites régulièrement avant l'ouverture de la tutelle (2).

529. Bien que les actions possessoires soient des actions immobilières, le tuteur pourrait les intenter sans autorisation ; elles entrent en effet dans la série des actes conservatoires pour lesquels le tuteur a pleins pouvoirs. *Adde* arg. art. 1428 (3).

530. Quant à l'exercice des actions mobilières, la loi a gardé un silence calculé. Aussi est-il admis sans difficulté que le tuteur peut les exercer, tant en demandant qu'en défendant, sans l'autorisation du conseil de famille. Par exemple, il peut sans autorisation se porter partie civile au nom du mineur, devant les juridictions de tous ordres, ou défendre, devant le tribunal civil, à une action en dommages-intérêts dirigée contre le pupille (4).

531. Les actions relatives à l'état des personnes ne sont, à proprement parler, ni mobilières ni immobilières, cette distinction n'étant susceptible d'application que quant aux biens matériels. Il en résulte que le tuteur peut, en vertu du principe d'omnipotence que nous avons établi, intenter au nom du mineur et sans qu'il soit besoin d'aucune autorisation, une

(1) Cpr. Laurent, V, n. 66.

(2) Duranton, III, n. 571 ; Demolombe, VII, n. 712 ; Aubry et Rau, I, § 114, p. 720. — Bordeaux, 22 mai 1882, D., 89. 2. 284.

(3) Duranton, III, n. 571 ; Demolombe, VI, n. 688 ; Laurent, V, n. 43 ; Aubry et Rau, I, § 114, p. 721 ; Marcadé, I, n. 778 ; Planiol, I, n. 1951. — *Contra* Chardon, *op. cit.*, n. 429. — Cpr. Cass., 19 janv. 1841, S., 41. 1. 426.

(4) Il s'agit d'une action civile en dommages-intérêts portée devant le tribunal répressif ; il y aurait lieu de suivre des règles différentes, comme nous le verrons plus tard.

action relative à l'état ou à la capacité d'un tiers, comme une demande en interdiction ou en dation de conseil judiciaire (1).

En serait-il de même si le procès mettait en question l'état ou la capacité du mineur lui-même ? Il semble qu'il faille décider, dans le silence de la loi, que le tuteur peut représenter pleinement le mineur dans des actions de ce genre, sans qu'il y ait à distinguer si le mineur y joue le rôle de demandeur ou celui de défendeur. Cette solution ne paraît guère douteuse au cas où le procès, à raison de sa nature, ne suppose pas nécessairement la comparution personnelle du mineur : telle serait, par exemple, une action en recherche de filiation intentée au nom du mineur ou une action en contestation de légitimité dirigée contre lui (2). Mais il en serait peut-être autrement du cas où l'action tend à faire prononcer l'interdiction du mineur ou à le faire pourvoir d'un conseil judiciaire (3). Il semble que, dans ce cas, à raison du caractère personnel de l'instance, il y ait lieu de mettre en cause à la fois le mineur et le tuteur (4).

532. Supposons que le tuteur ait représenté son pupille dans un procès, soit comme demandeur, soit en qualité de défendeur. Sous quelles conditions pourra-t-il interjeter

(1) Chardon, *op. cit.*, n. 481 ; Demolombe, VII, n. 694 ; Laurent, V, n. 254. — Lyon, 24 fév. 1859, S., 59. 2. 655. — Caen, 21 mars 1861, D., 63. 1. 279, S., 62. 2. 484. — Cpr. Paris, 21 août 1841, S., 41. 2. 488, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 506. — Cass., 24 juil. 1844, S., 44. 1. 626. — Chambéry, 28 janv. 1862, S., 62. 2. 481. — V. cep. art. 307 C. civ.

(2) Demolombe, *loc. cit.* — Bastia, 8 fév. 1888, D., 88. 2. 317. — Grenoble, 14 fév. et 5 déc. 1883, S., 84. 2. 73. — Cass., 17 fév. 1890, D., 90. 1. 290, S., 90. 1. 216. — Cpr. art. 318 C. civ. — V. cep. Laurent, V, n. 82, qui paraît dénier, en termes généraux, au tuteur le pouvoir d'agir au nom du mineur, à raison du caractère essentiellement personnel des actions relatives à l'état. — *Adde* Huc, III, n. 443. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 114, note 7, qui appliquent aux actions d'état la distinction que fait l'art. 464 pour les actions immobilières.

(3) Si l'on admet la recevabilité de pareilles actions.

(4) Demolombe, VII, n. 806 ; Laurent, V, n. 260 ; Arntz, I, n. 740 ; Aubry et Rau, I, § 109, texte et note 10. — Dijon, 24 avril 1830, S., 30. 2. 218, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 54. — Nîmes, 22 avril 1839, S., 39. 2. 433. — Bordeaux, 6 juin 1855, S., 56. 2. 431. — Cpr. Paris, 21 août 1841, S., 41. 2. 488. — Paris, 31 janv. 1894, S., 95. 2. 84. — *Contra* Metz, 30 août 1823, S., 25. 2. 315. D'après ce dernier arrêt, il ne serait pas nécessaire de mettre le tuteur en cause.

appel de la sentence rendue contre le mineur ? La question est controversée [1].

Suivant certains auteurs, il conviendrait de distinguer suivant le rôle que le tuteur a joué en première instance [2]. Mais cette distinction est très généralement rejetée. Dans tous les cas et quel que soit le rôle joué par le mineur en première instance, le tuteur peut interjeter appel sans l'autorisation du conseil de famille. Et en effet, si le mineur était demandeur en première instance, l'autorisation qui lui a été donnée s'applique à toutes les phases du procès et par conséquent à l'appel. Il n'en serait autrement que si cette autorisation avait été donnée d'une manière restrictive et seulement pour engager le procès en première instance. Si le mineur était défendeur en première instance, l'autorisation n'est pas non plus nécessaire pour interjeter appel, car l'appel n'est alors qu'une suite de la défense [3].

533. *Mesures d'instruction.* — Le tuteur a pleins pouvoirs, une fois le procès régulièrement engagé, pour prendre toutes conclusions nécessaires et provoquer les mesures d'instruction utiles [4]. Il peut donc, sans qu'il soit besoin d'une autorisation spéciale, demander une enquête, un interrogatoire sur faits et articles, et même former une inscription de faux [5]. Il peut également sans autorisation déférer le serment purgatoire des art. 2275 C. civ. et 189 C. co. [6]. Quant au serment décisoire, il est soumis à des principes différents (V. le commentaire des art. 1358 s. [7].

[1] Il est clair d'ailleurs que la question se pose seulement dans le cas où il s'agit d'une de ces actions que le tuteur ne pourrait exercer activement sans l'autorisation du conseil de famille.

[2] Taland[illegible], *Traité de l'appel*, n. 26; de Fréminville, II, n. 619. — Cpr. Riom, 10 mai 1855, S., 56. 2. 1. — Poitiers, 23 oct. 1866, S., 66. 2. 121. — Caen, 3 août 1871, S., 71. 1. 11.

[3] Chardon, *op. cit.*, n. 183s.; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 222, note 7; Demante, II, n. 235 bis-II; Demolombe, VII, n. 713; Huc, III, n. 444; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 2. — Poitiers, 28 nov. 1864, D., 65. 2. 161. — Alger, 26 fév. 1866, S., 68. 1. 266, D., 66. 1. 110. — Cpr. les arrêts cités à la note précédente. — *Adde* Bordeaux, 22 mai 1889, D., 89. 2. 284. — *Contra* Magnin, II, n. 1439; Laurent, V, n. 83.

[4] Cpr. Caen, 27 oct. 1885, S., 89. 1. 13.

[5] Demolombe, VII, n. 683; Aubry et Rau, I, § 114, p. 723.

[6] Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 16.

[7] V. Laurent, V, n. 51; Aubry et Rau, I, § 114, p. 723.

534. *Acquiescement.* — Le tuteur peut-il acquiescer à une *demande* formée contre le mineur? La loi paraît avoir établi en cette matière les mêmes règles qu'en ce qui concerne l'exercice actif des actions appartenant au mineur (V. art. 464). Donc, si l'action dirigée contre celui-ci est une action mobilière, le tuteur pourrait y acquiescer valablement sans l'autorisation du conseil de famille ([1]). L'acquiescement à un *jugement* rendu contre le mineur est soumis à des principes spéciaux que nous examinerons plus loin (V. n. 551).

535. *Désistement.* — Le tuteur est investi de pouvoirs extrêmement étendus, en ce qui concerne la faculté de se *désister de l'instance* dans laquelle le mineur est engagé. Un pareil désistement ne comporte pas, en effet, généralement du moins, la renonciation au droit lui-même qui fait l'objet du procès. C'est l'instance seule qui est éteinte. Dès lors, le tuteur peut se désister, seul et sans autorisation. Et, dans le silence de la loi, il faut lui reconnaître ce pouvoir, en toute matière, même en matière immobilière ([2]). Quant à la renonciation au *droit* lui-même, c'est là, comme nous le verrons bientôt, un acte qui est complètement interdit au tuteur. De là il résulte que, dans les cas où le désistement de l'instance a pour conséquence indirecte l'extinction du droit en litige, il excède les bornes des pouvoirs du tuteur ([3]). Le désistement d'un appel interjeté est soumis à des règles particulières que nous exposerons plus tard.

536. *Pourvoi en cassation.* — Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire, qu'on ne peut considérer comme une suite normale et naturelle du procès. Dès lors le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille lorsqu'il s'agit d'une demande relative aux droits immobiliers du mineur. Il peut se pourvoir sans autorisation, si la demande

([1]) Marcadé, II, n. 270; Demante, II, n. 225 *bis*; Demolombe, VII, n. 685; Laurent, V, n. 67; Huc, III, n. 442; Aubry et Rau, I, § 114, p. 724. — Cass., 18 août 1863, D., 70. 5. 367. — Caen (motifs), 31 juil. 1876, D., 77. 2. 152.

([2]) Boitard, *Leçons de procéd.*, I, n. 589; Laurent, V, n. 68 et 86; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 22. — Cass., 21 nov. 1849, S., 49. 1. 757, D., 50. 1. 15.

([3]) Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 23. — Cass., 21 nov. 1849 (motifs), *supra*.

est mobilière. En d'autres termes, il convient d'appliquer les règles qui gouvernent l'introduction même des demandes [1].

537. *Voies d'exécution forcée.* — La loi n'a édicté sur ce point aucune règle spéciale. Donc le tuteur n'aura, en principe, besoin d'aucune autorisation pour recourir aux voies d'exécution forcée contre les débiteurs du pupille. Cette autorisation ne lui sera nécessaire que dans les cas où elle est requise par un texte (Conversion d'une saisie immobilière en vente volontaire, v. art. 744 C. pr. civ.).

538. Après avoir étudié le principe de l'omnipotence du tuteur et les conséquences qui en découlent, il nous reste maintenant à examiner les restrictions et limitations nombreuses que la loi y a apportées. Il y a certains actes relatifs au patrimoine (ce sont les plus importants de la gestion tutélaire), que le tuteur ne peut valablement accomplir pour le compte du mineur qu'en remplissant certaines formalités prescrites par la loi. Ces formalités varient suivant les cas : tantôt la loi se contente de l'autorisation du conseil de famille ; tantôt elle exige en outre l'homologation du tribunal; exceptionnellement, elle requiert dans certaines hypothèses spéciales l'accomplissement de formalités particulières. Certains actes ne peuvent être accomplis par le tuteur pour le compte du mineur, parce que, à raison de leur nature essentiellement personnelle, ils supposent l'expression de la volonté individuelle de celui qu'ils concernent. Ces actes devront être accomplis par le mineur en personne, assisté s'il y a lieu comme de droit. Il en est d'autres qui peuvent être accomplis soit par le mineur en personne, soit par son tuteur. Enfin certains actes relatifs au patrimoine ne sont susceptibles d'être accomplis ni par le mineur personnellement, ni par le tuteur en son lieu et place, et demeurent ainsi complètement impossibles. Telles sont les limitations aux pouvoirs du tuteur que nous nous proposons d'examiner sous les paragraphes qui suivent.

[1] Aubry et Rau, I, § 114, texte et notes 25 *bis* et 25 *ter*. — Pour le désistement de pourvoi, V. Req., 17 mars 1868, D., 69, 1, 284.

§ II *Actes pour lesquels le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille.*

N° 1. Actes extra-judiciaires.

539. I. Bail des biens du mineur au profit du tuteur. — La loi n'interdit pas au tuteur de prendre à bail un bien appartenant au mineur. Mais pour la conclusion de cet acte, le mineur sera représenté par le subrogé tuteur, qui remplira alors les fonctions de tuteur. Les pouvoirs du subrogé tuteur, agissant au lieu et place du tuteur, sont ainsi déterminés par l'art. 450, al. 3. « *Il* [le tuteur] *ne peut ni acheter les biens du* » *mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de* » *famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail* » (art. 450, al. 3).

Bien que l'expression *prendre à ferme* ne s'applique littéralement qu'au bail à ferme, la disposition de notre article devrait être étendue au bail à loyer. *Eadem est ratio* (1).

540. II. Acceptation ou répudiation d'une succession échue au mineur. — « *Le tuteur ne pourra accepter ni répu-* » *dier une succession échue au mineur, sans une autorisation* » *préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu* » *que sous bénéfice d'inventaire* » (art. 461). L'autorisation du conseil de famille est suffisante mais nécessaire, soit pour la répudiation, soit pour l'acceptation de la succession.

Pour la répudiation ou renonciation, cela se comprend aisément. En effet, il y a là un acte d'une gravité extrême qui fera perdre au mineur des droits déjà entrés dans son patrimoine. On a même soutenu, en se fondant sur ce que la renonciation à une succession équivaut à une aliénation, que la délibération du conseil de famille doit être homologuée par la justice, dans le cas tout au moins où la succession comprend des immeubles (arg. art. 457). Cette opinion est d'ail-

(1) Sur ce texte, nous ferons une observation qui a une certaine importance. Nous l'étudions maintenant au point de vue des restrictions qu'il apporte aux *pouvoirs* du subrogé tuteur jouant ici le rôle de tuteur. Mais le texte peut être encore envisagé à un autre point de vue : Il établit une véritable *incapacité* à la charge du tuteur ordinaire, dans ses relations personnelles avec son pupille, incapacité dont nous aurons plus tard à nous occuper (*infra*, n. 620).

leurs rejetée, avec raison, par la presque unanimité de la doctrine, et dans les espèces, très rares d'ailleurs, où la question s'est posée devant les tribunaux, ceux-ci ont consacré le sentiment général des auteurs [1]. La loi est, en effet, parfaitement claire et l'interprétation n'en peut être douteuse. L'art. 461 exige l'autorisation du conseil de famille, et ne soumet la répudiation de la succession à aucune autre condition. Il ne distingue aucunement entre les successions mobilières et les successions immobilières. Quant à l'argument tiré de l'art. 457, il se fonde sur une analogie lointaine. La renonciation à une succession est un acte juridique autre que l'aliénation. Elle opère rétroactivement et ne comporte pas la transmission d'un droit. Au point de vue pratique, elle peut fort bien ne pas produire les mêmes effets qu'une aliénation, car la succession échue au mineur peut être grevée de dettes et de charges qui absorbent, et au delà, l'actif héréditaire [2].

La loi requiert aussi l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation de la succession. Comment expliquer cette exigence, étant donné que la succession ne peut être acceptée autrement que sous bénéfice d'inventaire? Il y en a deux raisons. D'abord, si la succession est certainement mauvaise, s'il est démontré que les dettes excèdent les biens, pourquoi l'accepter, même sous bénéfice d'inventaire, ce qui aura pour conséquence de jeter le mineur ou ses représentants dans les embarras d'une liquidation peut-être fort compliquée, le tout pour arriver en définitive à un résultat négatif? En pareil cas, il vaut bien mieux renoncer. Mais il y a plus. Tout héritier, même bénéficiaire, étant tenu de rapporter à la succession tout ce qu'il a reçu du défunt à titre de donation (art.

[1] Demante, II, n. 222 *bis*, II; Valette sur Proudhon, II, p. 380, 381, obs. II; Duranton, III, n. 577; Demolombe, VII, n. 696; Laurent, V, n. 70; Aubry et Rau, I, § 115, p. 608; Planiol, I, n. 1937. — Toulouse, 5 juin 1829, S., 29. 2. 313, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 408. — Toulouse, 11 juin 1829, S., 30. 2. 15, *J. G.*, *loc. cit.* — Paris, 7 déc. 1880, D., 83. 2. 61, S., 83. 1. 301. — *Contra* Delvincourt, I, p. 125, note 4.

[2] Le tribunal ne pourrait pas autoriser le tuteur à accepter la succession si le conseil de famille a refusé l'autorisation. Il ne lui appartient pas de se substituer au conseil de famille. Grenoble, 6 déc. 1842, *J. G.*, v° *cit.*, n. 839, S., 43. 2. 290.

843), et cette obligation ne pesant pas au contraire sur l'héritier renonçant, le mineur, s'il a reçu du défunt une libéralité, peut avoir plus d'intérêt à renoncer à la succession qu'à l'accepter. On voit que l'acceptation même bénéficiaire peut n'être pas sans danger, et on s'explique ainsi que la loi ne l'ait permise pour le compte du mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

541. En disant que la succession échue au mineur ne pourra être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, l'art. 461 en interdit certainement l'acceptation pure et simple. Cette règle peut, il est vrai, entraîner, dans un cas spécial, des conséquences fâcheuses pour le mineur, mais il serait injuste d'en faire remonter la responsabilité aux auteurs du code civil [1]. D'après la jurisprudence constante de la cour de cassation (Cass., ch. r., 12 janv. 1876, D., 76. 1. 152, S., 76. 1. 81), l'héritier bénéficiaire qui se porte adjudicataire d'un immeuble de la succession doit payer le droit de transcription (fixé à 1 fr. 50 p. 100. L. 28 avril 1816, art. 54. Cpr. L. 27 juil. 1900, art. 2 et 3 et L. 22 avril 1905, art. 2). En effet, dit la cour de cassation, si l'héritier bénéficiaire n'a pas besoin de faire transcrire le jugement d'adjudication prononcé en sa faveur pour acquérir à l'égard des tiers la propriété de l'immeuble licité (L. 23 mars 1855, art. 1er, et art. 883 C. civ.), il a tout au moins *intérêt* à faire opérer la transcription, pour *purger* les privilèges et hypothèques qui grèvent cet immeuble. N'étant point, par suite de la séparation des patrimoines qui résulte de l'acceptation bénéficiaire, tenu personnellement des dettes héréditaires, il a la qualité de tiers détenteur à l'égard des créanciers ayant sur l'immeuble une hypothèque ou un privilège, et par suite, il peut purger. Or, pour purger il lui faut faire transcrire son titre d'acquisition. Le jugement prononcé à son profit est donc *de nature à être transcrit* (L. 28 avril 1816, art. 54), et dès lors, en vertu de ce texte, le droit de transcription est dû. Ce droit ne serait pas exigible au contraire, si l'héritier adjudicataire avait accepté purement et simplement. Si donc le mineur se

[1] V. sur ce point Planiol, I, p. 611, note 2.

rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, il sera obligé de payer un droit de transcription, qu'il aurait été dispensé de payer s'il avait pu accepter purement et simplement.

542. Les règles que nous venons d'étudier s'appliquent certainement aux successions auxquelles le mineur est appelé comme héritier *ab intestat*. Elles doivent également recevoir leur application aux legs universels ou à titre universel qui lui ont été faits. Les legs de cette nature entraînent pour le légataire la contribution aux dettes héréditaires, comme la succession *ab intestat*. Dès lors, il est naturel de soumettre le tuteur à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille, qui aura d'ailleurs à tenir compte du mobile qui a inspiré la libéralité. En faveur de notre solution, on peut enfin tirer un argument *a fortiori* de l'art. 463 (1). Quant aux legs à titre particulier, ils sont soumis à des règles spéciales qui seront exposées plus loin.

543. Il faut de même décider que, dans le cas où la succession a été acceptée par le tuteur, celui-ci peut en faire l'abandon aux créanciers héréditaires et aux légataires, sous la condition nécessaire, mais suffisante, d'y être autorisé par le conseil de famille (2). Des considérants d'un arrêt rendu par la cour de cassation, le 12 mars 1839 (3), il semble résulter que cet acte est soumis aux règles édictées par l'art. 457 relativement aux aliénations immobilières. Cette dernière opinion nous paraît inadmissible, car l'abandon fait par l'héritier bénéficiaire ne constitue pas une aliénation. Il suffit, pour qu'il soit valable, que le tuteur ait été autorisé par le conseil de famille. Sans doute, la loi n'exige pas cette autorisation, mais cette solution semble bien conforme à son esprit. Si l'abandon consenti par l'héritier bénéficiaire ne doit pas être confondu avec la renonciation à la succession, il n'en

(1) Demolombe, VII, n. 703; Duranton, III, n. 581; Laurent, V, n. 73; Aubry et Rau, I, § 113, p. 608; Aubry, I, n. 738; Vigié, I, n. 759; Beudant, II, n. 858; Surville, I, n. 454. — Cpr. Paris, 4 juin 1865, S., 65. 2. 216. — Dijon, 10 juil. 1879, S., 81. 2. 41; D., 80. 2. 129.

(2) Demolombe, VII, n. 678; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 5. — Douai, 19 août 1856, S., 56. 2. 842, D., 56. 2. 92.

(3) S., 39. 1. 274, *J. G.*, v° *Succession*, n. 784.

est pas moins vrai que, dans un certain sens, il rend pire la situation de l'héritier, puisque celui-ci ne peut plus rentrer en possession des biens héréditaires qu'en désintéressant ceux auxquels il les a abandonnés. Il est donc naturel d'appliquer ici, par analogie, les règles qui gouvernent la répudiation de l'hérédité.

544. La même solution devrait être donnée en ce qui concerne l'exercice du retrait successoral. Si la loi ne permet pas au tuteur d'accepter bénéficiairement une succession sans l'autorisation du conseil de famille, bien que cependant le patrimoine du mineur ne réponde pas des dettes de la succession, à plus forte raison cette autorisation est-elle nécessaire lorsque le tuteur veut, au nom de son pupille, exercer le retrait, qui constitue le mineur débiteur personnel du prix de la cession et qui le met au lieu et place du cessionnaire et du cédant, quant aux obligations de celui-ci envers la succession (¹).

545. L'acceptation de la succession échue au mineur est irrévocable, quand elle a été faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille.

Il n'en est pas de même de la renonciation, même régulièrement faite au nom du mineur. « *Dans le cas où la succession* » *répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un* » *autre* », dit l'art. 462, « *elle pourra être reprise, soit par le* » *tuteur autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du* » *conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais* » *dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pou-* » *voir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été* » *légalement faits durant la vacance* ».

Cet article accorde au mineur une faveur qui plus tard a été étendue à tous les autres héritiers par l'art. 790. Nous examinerons sous ce dernier article les difficultés auxquelles l'art. 462 peut donner lieu.

546. Pour en terminer avec l'étude des pouvoirs du tuteur en matière de succession échue au mineur, il nous reste à

(¹) Demolombe, VII, n. 678; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 9. — *Contra* Grenoble, 16 août 1858, S., 59. 2. 289.

présenter une observation. La succession ne pouvant être acceptée au nom du mineur que sous bénéfice d'inventaire, il en résulte que les diverses déchéances qui, en droit commun, font perdre le bénéfice d'inventaire, sont inapplicables au mineur. Celui-ci ne peut pas devenir héritier pur et simple par le fait de son tuteur [1].

547. III. Acceptation d'une donation. — « *La donation « faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur « qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Elle aura, « à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur* » (art. 463).

« Il n'est si bel acquêt que de don », dit le vieux Loysel. Dans la donation, en effet, tout est profit pour le donataire, qui acquiert sans bourse délier. Alors pourquoi notre article exige-t-il l'autorisation du conseil de famille pour permettre au tuteur d'accepter la donation offerte à son pupille? Parce qu'il n'y a pas seulement à se préoccuper du côté pécuniaire de la donation, mais aussi et surtout du côté moral. Dans certains cas, la donation demandera à être examinée de près à ce point de vue : il faut rechercher quelles sont les intentions du donateur, quel est son mobile ; la loi confie cette mission délicate au conseil de famille, qui refusera d'autoriser l'acceptation de toute donation suspecte. D'ailleurs, même au point de vue pécuniaire, il y aura quelquefois à réfléchir : la donation peut être accompagnée de charges qui en diminuent ou même en absorbent le profit.

Le tuteur n'a pas seul qualité pour accepter la donation offerte au mineur. Voyez à ce sujet l'art. 935. Remarquons, sur ce texte, que si la tutelle est conférée à un ascendant, celui-ci peut, sans l'autorisation du conseil de famille, accepter la donation. Mais alors il agira en sa qualité d'ascendant et non pas comme tuteur.

548. Vu la généralité des termes de l'art. 463, on doit décider que ce texte s'applique aux donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs. Il s'agit bien entendu

[1] Laurent, V, n° 71. Planiol, I, n° 1938. — V. le commentaire du titre *Des successions*.

des legs à titre particulier seulement, puisque les legs universels ou à titre universel sont soumis aux règles des successions. Donc, soit pour demander ou accepter la délivrance du legs, soit pour répudier celui-ci, il faudra que le tuteur obtienne l'autorisation du conseil de famille, et cela quelle que soit la nature de la chose léguée, que ce soit un meuble ou un immeuble [1]. Il faut cependant reconnaître que cette solution est contraire à la tradition. Les rédacteurs du code ont donc en cette matière réalisé une innovation. — La plupart des auteurs distinguent : Ils exigent l'autorisation du conseil de famille pour former la demande en délivrance d'un legs immobilier ; car il s'agit de l'exercice actif d'une action immobilière. Si le legs est mobilier, le tuteur peut, sans autorisation du conseil de famille, l'accepter et en demander la délivrance, à moins cependant que le legs ne soit accompagné de charges, auquel cas l'intervention du conseil de famille devient nécessaire, comme lorsqu'il s'agit d'un legs universel [2]. Cette distinction est fondée sur l'intérêt du mineur, qui ne peut être lésé par l'acceptation d'un legs sans charges, et qui peut être gravement compromis par l'acceptation d'un legs grevé de charges. — Mais la loi n'a pas fait cette distinction. Elle dispose, en termes généraux, que la donation ne peut être acceptée par le tuteur sans l'autorisation du conseil de famille. Or la disposition testamentaire est une donation faite par testament. Elle est donc visée par l'art. 463 aussi bien que la donation entre vifs. Puis, il n'y a pas à se préoccuper seulement de l'intérêt pécuniaire du mineur ; la loi veut qu'on tienne compte également de son intérêt moral. Le conseil de famille doit donc toujours intervenir.

N° 2. Des actes judiciaires que le tuteur peut faire avec la seule autorisation du conseil de famille.

549. Exercice actif des actions. — L'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante pour intenter

[1] Zachariæ, I, p. 438 ; Arntz, I, n. 739 ; Huc, III, n. 440 ; Surville, I, n. 454. — Cpr. Laurent, V, n. 73.

[2] Duranton, III, n. 582 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 221, note 32 ; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 11 ; Planiol, I, n. 1925. — Cpr. Demolombe, VII, n. 708 ; Beudant, II, n. 862.

une action immobilière au nom du mineur. Telle est la règle édictée par l'art. 464 : « *Aucun tuteur ne pourra introduire* » *en justice une action relative aux droits immobiliers du* » *mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes* » *droits, sans l'autorisation du conseil de famille* ».

Le tuteur ne représentant valablement le mineur dans une action immobilière intentée au nom de celui-ci qu'autant qu'il est autorisé par le conseil de famille, il en résulte que le défendeur pourrait refuser le débat jusqu'à ce que cette autorisation ait été obtenue ; car il ne peut pas être obligé d'engager la lutte contre un adversaire qui n'a pas qualité (1). Mais cette fin de non procéder doit être invoquée en première instance (2). Une fois le jugement rendu, le défendeur ne pourra pas l'attaquer pour défaut d'autorisation du tuteur. Les règles relatives aux pouvoirs du tuteur sont en effet établies non dans l'intérêt des tiers, mais dans celui du mineur (3). Ce dernier pourra, au contraire, attaquer le jugement pour cette cause, et le défaut de qualité de son tuteur lui fournira un moyen d'appel, et même un moyen de cassation (4). On reconnaît d'ailleurs que l'autorisation accordée pendant le cours de l'instance, et à une période quelconque de cette instance, purgerait le vice de la procédure antérieure (5).

550. Acquiescement. — La loi met l'acquiescement à une demande immobilière sur la même ligne que l'exercice de l'action active. L'autorisation préalable du conseil de famille est donc nécessaire au tuteur pour acquiescer à une action

(1) Zachariæ, I, § 222, texte et note 10; Laurent, V, n. 84; Demolombe, VII, n. 214; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 10.

(2) Cpr. Grenoble, 21 juillet 1836, S., 37. 2. 471, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 686. — Cass., 19 janv. 1841, S., 41. 1. 426. — Cass., 5 janv. 1859, D., 59. 1. 34.

(3) Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 12. — Bordeaux, 20 août 1833, S., 34. 2. 204. — Cass., 19 janv. 1841, *supra*.

(4) Cass., 9 avril 1903, S., 03. 1. 309. — Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 14. — Mais le mineur ne pourrait agir par voie de requête civile, Aubry et Rau, I, § 114, note 14.

(5) Zachariæ, Laurent, Demolombe, *loc. cit.*; Huc, III, n. 444; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 10; Planiol, I, n. 1953. — Bourges, 25 janv. 1832, S., 32. 2. 366. — Cass., 22 mars 1855, S., 55. 1. 702, D., 55. 1. 257. — Cpr. Lacoste, *Note*, S., 95. 1. 81. — Cass., 10 janv. 1894, S., 95. 1. 81, D., 94. 1. 377.

immobilière intentée contre le mineur [1]. Elle ne lui est pas nécessaire pour acquiescer à une demande mobilière.

551. Le tuteur peut-il acquiescer à un *jugement* rendu contre le mineur, et sous quelles conditions? Pour résoudre cette question, dont jusqu'ici nous avons réservé l'examen, il convient peut-être de distinguer suivant la nature du procès et le rôle que le mineur y a joué.

A. Dans le cas où le mineur a été *défendeur* à une *action mobilière,* le tuteur pourrait acquiescer au jugement sans avoir besoin d'y être autorisé par le conseil de famille. Il aurait pu en effet acquiescer seul à la demande. A plus forte raison aura-t-il le pouvoir d'acquiescer au jugement, puisque celui-ci fournit une présomption très grave en faveur de la légitimité de la demande formée contre le mineur [2]. Cette solution est cependant très sérieusement contestée. On a voulu notamment appliquer en cette matière les règles édictées par l'art. 467, en ce qui concerne la transaction, confondant ainsi deux actes qui cependant sont bien distincts : la transaction et le désistement [3]. On a dit encore que le tuteur devrait obtenir, non l'autorisation du conseil de famille, mais le consentement du subrogé tuteur [4]. On invoque en ce sens l'art. 444 C. pr. civ., aux termes duquel les délais d'appel ne courent contre le mineur que si le jugement a été signifié au subrogé tuteur et au tuteur. Or, dit-on, cette disposition n'aurait aucune portée pratique, si le tuteur pouvait acquiescer au jugement sans le concours du subrogé tuteur.

B. Si le mineur a été *défendeur* à une *action immobilière*, il nous paraît certain que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, pour acquiescer au jugement (arg.

(1) Cass., 23 mai 1882, S., 84. 1. 413. — Cass., 10 janv. 1894, D., 94. 1. 377. — Cass., 22 mars 1897, D., 97. 1. 277, S., 97. 1. 309. — Cpr. Limoges, 27 mars 1895, S., 96. 2. 175.

(2) Aubry et Rau, I, § 114, note 21; Laurent, V, n. 68. — Cpr. Cass., 17 fév. 1875, S., 75. 1. 151. — *Contra* Pigeau, *Proc. civ.*, II, p. 563; Carré, *Lois de la proc.*, II, p. 314.

(3) Pau, 9 mai 1834, S., 35. 2. 158, *J. G.*, v° *Acquiescement*, n. 143.

(4) Nancy, 25 août 1837, S., 37. 2. 151, *J. G.*, v° *Acquiescement*, n. 146. — Cpr. Paris, 23 juil. 1840, S., 40. 2. 375. — Demolombe, VII, n. 685.

art. 464 [1]. Sur ce point, d'ailleurs, comme sur le précédent, nous rencontrons les deux opinions opposées que nous venons d'exposer.

C. Le mineur était-il *demandeur* en première instance, il n'y aurait plus lieu de distinguer suivant la nature de l'action. Qu'il s'agisse d'une demande mobilière ou d'une demande immobilière, il faudrait peut-être décider que le tuteur ne peut jamais acquiescer au jugement. Un pareil acquiescement constituerait en effet une renonciation pure et simple aux droits du mineur, acte qui est complètement interdit au tuteur [2].

552. Désistement d'un appel interjeté. — Ce désistement constituant un acquiescement au jugement frappé d'appel, il convient de faire ici les distinctions que nous venons de faire en ce qui concerne l'acquiescement au jugement rendu contre le pupille. Il est vrai que le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour acquiescer tacitement à la sentence en laissant s'écouler les délais de l'appel; d'où l'on a conclu, contrairement à notre opinion, que l'autorisation ne lui est pas non plus nécessaire pour se désister de l'appel interjeté [3]. Mais ce raisonnement nous semble critiquable. Lorsque les délais d'appel sont écoulés, sans que l'appel ait été interjeté, ce n'est pas la volonté du tuteur qui fait acquérir au jugement l'autorité définitive de la chose jugée; c'est la volonté du législateur. Au contraire, lorsque la sentence est frappée d'appel, tout est remis en question, et si le tuteur se désiste, c'est par un acte de sa volonté que le jugement passera en force de chose définitivement jugée. Il en est exactement de même que si le tuteur avait acquiescé à ce jugement. Dès lors, on pourrait proposer les solutions suivantes :

1° Si le mineur était défendeur en première instance, et si l'action est mobilière, le tuteur peut se désister seul et sans autorisation [4].

[1] Chardon, *op. cit.*, n. 185. — Cpr. Laurent, V, n. 68.

[2] Aubry et Rau, I, § 114, p. 724. — Cpr. Laurent, V, n. 68. — V. cependant Lyon, 11 juil. 1876, D., 77. 2. 152. — Pau, 26 mai 1879, D., 80. 2. 131. — Cass., [illegible] 10 janv. 1894, S., 95. 1. 81, D., 94. 1. 377. — Cass., (motifs), 22 mars 1897, D., [illegible] 1. 2[illegible], S., [illegible] 1. 300. — Limoges, 27 mars 1895, S., 96. 2. 175.

[3] Agen, 25 déc. 1844, S., 45. 2. 229, D., 45. 2. 111.

[4] Laurent, V, n. 68.

2° Si, le mineur ayant joué en première instance le rôle de défendeur, l'action est immobilière, l'autorisation du conseil de famille est la condition nécessaire et suffisante d'un désistement valable [1].

3° Mais si le pupille était demandeur en première instance, peu importe qu'il s'agisse d'une action mobilière ou immobilière, le désistement de l'appel interjeté est absolument impossible, même avec l'autorisation du conseil de famille. Un pareil désistement constituerait une renonciation aux droits du mineur [2].

Ces distinctions sont répudiées par un certain nombre d'auteurs, qui permettent, dans tous les cas, au tuteur de se désister avec la simple autorisation du conseil de famille [3]. La cour de cassation a décidé que, même s'il s'agit d'une demande immobilière formée par le tuteur, celui-ci peut se désister de l'appel avec l'autorisation du conseil de famille ; mais elle veut que cette autorisation soit préalable au désistement [4]. En effet, l'autorisation a pour but de conférer au tuteur l'aptitude juridique à accomplir l'acte en vue duquel elle est donnée, et cette aptitude doit exister au moment de l'acte. L'approbation donnée après coup par le conseil de famille n'équivaudrait pas à une autorisation et ne sauverait pas l'acte de la nullité.

553. Action en partage. — « *La même autorisation sera » nécessaire au tuteur pour provoquer un partage ; mais il » pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande » en partage dirigée contre le mineur* » (art. 465).

La disposition de notre article étant conçue dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle s'appliquerait :

a. Quelle que soit la cause de l'indivision qu'il s'agit de faire cesser par le partage, donc non seulement lorsque l'indivision a pour cause une succession, mais aussi quand

[1] Laurent, V, n. 86 ; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 25. — Douai, 17 janv. 1820, S., 21. 2. 117. — Limoges, 22 avril 1839, S., 39. 2. 521.

[2] Laurent, V, n. 68 et 86 ; Aubry et Rau, I, § 114, texte et note 24.

[3] Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 222, texte et note 8 ; Demolombe, VII, n. 684, 685 et 716. — Limoges, 27 mars 1895, S., 96. 2. 175.

[4] Cass., 10 janv. 1894, S., 95. 1. 81 et la note de M. Lacoste, D., 94. 1. 377. — Cass., 22 mars 1897, D., 97. 1. 277, S., 97. 1. 309.

elle a sa source dans une société ou dans une communauté.

b. Quelle que soit la nature des biens indivis, et alors même que la masse à partager ne comprendrait que des meubles. Nos anciens disaient que l'universalité mobilière *sapit quid immobile*.

c. Quel que soit le tuteur : le père ou la mère, ou une autre personne [1].

554. Nous avons ainsi passé en revue les divers actes que le tuteur peut faire sous la seule condition d'y être autorisé par le conseil de famille. Il en est un dont nous avons volontairement omis de parler : c'est l'aliénation des meubles incorporels du mineur. En effet, l'autorisation du conseil de famille est suffisante lorsque la valeur des meubles à aliéner ne dépasse pas 1.500 francs en capital; mais l'homologation du tribunal est en outre nécessaire, lorsqu'il s'agit de meubles d'une valeur supérieure à 1.500 francs. L'aliénation des meubles incorporels appartient donc, suivant les cas, soit à la catégorie dont nous venons de parler, soit à celle dont nous allons maintenant nous occuper. C'est pour cette raison, et dans un intérêt de méthode, que nous avons réservé l'étude de cette matière, que nous examinerons dans notre § III.

§ III. *Des actes pour lesquels le tuteur doit obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal.*

555. Cette catégorie comprend : 1° l'emprunt; 2° l'aliénation des immeubles [2]; 3° l'hypothèque; 4° l'aliénation des meubles incorporels d'une valeur supérieure à quinze cents francs. C'est ce qui résulte des art. 457 et 458 du code civil et des art. 1 et 2 de la loi du 27 février 1880.

N° 1. Emprunt.

556. Nous transcrivons ici les art. 457 et 458, qui sont relatifs à l'emprunt, à l'aliénation des immeubles et à l'hypothèque.

[1] Cass., 1er déc. 1892, S., 93. 1. 253.

[2] V. sur le cas où le tuteur, ayant vendu à l'amiable un immeuble du mineur, s'est porté fort pour celui-ci, Cass., 22 janv. 1896, D., 97. 1. 476.

Art. 457. « *Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut* » *emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses* » *biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de fa-* » *mille. — Cette autorisation ne devra être accordée que pour* » *cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. —* » *Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son* » *autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte* » *sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mo-* » *biliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le conseil* » *de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui* » *devront être vendus de préférence, et toutes les conditions* » *qu'il jugera utiles* ».

Art. 458. « *Les délibérations du conseil de famille relatives* » *à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura* » *demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de* » *première instance, qui y statuera en la chambre du conseil,* » *et après avoir entendu le procureur du Roi* ». Cpr. art. 953 et s. C. pr.

557. Les termes de l'art. 458 laissent quelque doute sur le point de savoir si la délibération du conseil de famille, autorisant l'emprunt ou la constitution d'hypothèque, doit être homologuée par le tribunal. Cet article dit en effet : « Les délibérations... *relatives à cet objet* »; or, en comparant ce texte avec celui qui précède, il semble qu'il s'agisse seulement de la vente des immeubles et non de l'emprunt ou de la constitution d'hypothèque. Mais le doute est levé par l'art. 483, qui, statuant sur le cas où l'emprunt est fait pour le compte du mineur émancipé, exige positivement l'homologation du tribunal. Donc *a fortiori* cette homologation est nécessaire quand l'emprunt ou la constitution d'hypothèque intéresse un mineur non émancipé. Cette règle est d'ailleurs absolument générale et doit recevoir son application dans tous les cas où un emprunt est contracté pour le compte du mineur. Les distinctions que certains auteurs ont proposées doivent être repoussées sans hésitation [1].

558. Si le tuteur a contracté un emprunt sans y avoir été

[1] Demolombe, VII, n. 729, 730; Laurent, V, n. 94 et 95; Aubry et Rau, I, § 113, p. 708, 709. — Cpr. Toullier, II, n. 1223; Chardon, *op. cit.*, n. 410.

dûment autorisé, le mineur pourra en provoquer l'annulation, et l'acte du tuteur ne lui sera alors opposable qu'en vertu des principes de la gestion d'affaires. Les créanciers du mineur, exerçant la faculté qui leur est dévolue par l'art. 1166, pourront également invoquer la nullité de l'emprunt, par exemple dans le cas où l'emprunt a été fait avec subrogation (1).

559. L'emprunt, comme d'ailleurs la constitution d'hypothèque qui le facilite, ou la vente des immeubles qui le remplace, ne doit être autorisé par le conseil de famille que « *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident* ».

= *Pour cause d'une nécessité absolue :* par exemple pour effectuer le paiement d'une dette onéreuse ou exigible, pour faire des réparations d'une nécessité urgente, pour procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. Ce sont précisément les cas qui étaient indiqués dans le projet. On l'a modifié sur ce point, soit parce que cette énumération a paru inutile, soit parce qu'on ne voulait pas paraître limiter aux cas prévus la faculté d'autoriser l'emprunt, l'aliénation ou l'hypothèque. Lorsque l'emprunt est commandé par une nécessité absolue, la loi dit que le conseil de famille ne devra l'autoriser qu'après qu'il aura été constaté par un compte sommaire présenté par le tuteur que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants (2).

= *Pour cause... d'un avantage évident :* par exemple si le tuteur trouve à emprunter de l'argent à 4 p. 100 pour éteindre une dette du mineur portant intérêt à 5 p. 100.

Le conseil de famille peut d'ailleurs régler les conditions de l'emprunt qu'il autorise (art. 457 *in fine*), dire par exemple à quel taux l'emprunt pourra être fait, pour combien d'années ; ou bien encore désigner quelqu'un pour surveiller l'emploi que fera le tuteur des fonds obtenus par l'emprunt. Mais le prêteur, dans aucun cas, ne sera responsable de cet emploi (L. 27 fév. 1880, art. 6) (3).

(1) Demolombe, VII, n. 729 ; Laurent, *loc. cit.* : Aubry et Rau, I, § 113, note 28. — V. cpr. Guillam et Touillier, *loc. cit.*

(2) Cpr. Bordeaux, 13 mars 1843, S., 43. 2. 424.

(3) Roy, III, n. 493 ; Aubry et Rau, I, § 113, note 27 *bis*. — Cpr. Laurent, V, n. 91. — Alger, 15 juin 1892, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 521.

N° 2. Aliénation des immeubles.

560. Nous venons de dire que le conseil de famille ne doit autoriser l'aliénation des immeubles, comme l'emprunt, que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Comme au cas d'emprunt également, il pourra indiquer toutes les conditions qu'il jugera utiles, par exemple déterminer le mode d'emploi de la partie du prix qui restera libre après la satisfaction des besoins en vue desquels l'aliénation a été permise, ou, si la vente est autorisée pour cause d'avantage évident, fixer un prix *minimum* au-dessous duquel l'aliénation ne pourra avoir lieu [1]. Aux termes de l'art. 457, il indiquera les immeubles qui doivent être vendus de préférence. Le code de procédure civile (art. 953) ajoute que le conseil de famille indiquera aussi la nature des biens et leur valeur approximative [2]. L'homologation doit être demandée au tribunal du siège de la tutelle et non à celui de la situation des biens (arg. art. 954 al. 2, C. pr. civ.).

561. L'art. 459 indique les formes dans lesquelles la vente doit être faite : « *La vente se fera publiquement, en présence* » *du subrogé tuteur, aux enchères, qui seront reçues par un* » *membre du tribunal de première instance, ou par un notaire* » *à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées par* » *trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le* » *canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par* » *le maire des communes où elles auront été apposées* ». Cpr. C. pr., art. 954.

= *En présence du subrogé tuteur.* Ajoutez : ou lui dûment appelé. C. pr., art. 962.

= *A la suite de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs.* Aujourd'hui un seul affichage suffit, et il n'est pas nécessaire qu'il soit fait un jour de dimanche ; mais les placards doivent être apposés un certain temps avant l'adju-

(1) Cpr. Trib. de l'empire d'Allemagne, 25 mars 1884. S., 86. 4. 6.

(2) Le tribunal ne peut pas modifier sur ce point la délibération du conseil de famille. Il peut seulement modifier les conditions de la vente. — Huc, III, n. 427 ; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 13. — Cass., 9 fév. 1863, S., 63. 1. 113, D., 63. 1. 85. — Cass., 17 déc. 1867, S., 68. 1. 66, D., 67. 1. 482. — V. cependant Laurent, V, n. 88. — Cpr. Rouen, 20 avril 1883. *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 528.

dication (C. pr., art. 959), et leur contenu reproduit par la voie de la presse (C. pr., art. 960). Ces formalités de publicité constituent d'ailleurs un minimum et, suivant la nature et l'importance des biens, il peut être donné à la vente une publicité plus grande (art. 961 C. pr.).

562. Une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal pourrait autoriser l'aliénation des immeubles du mineur par échange aussi bien que par vente (1). Le mot *aliéner,* qu'emploie l'art. 457, est général; et, si l'on conçoit difficilement un échange qui puisse être imposé par une nécessité absolue, il pourra fort bien arriver tout au moins que cette opération présente un avantage évident. L'échange rentre donc dans les termes de l'art. 457. D'ailleurs l'art. 1707 déclare les règles de la vente applicables à l'échange. Toutefois il est clair qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer au cas d'échange la disposition de l'art. 459, la nature même de l'opération s'y opposant. Aussi est-il remarquable que cette disposition parle de la *vente,* et non plus de l'*aliénation,* comme l'art. 457. De même aussi, lorsqu'un legs aura été fait au mineur sous la condition d'abandonner à un tiers une propriété immobilière, il suffira au tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de justice; il ne peut être question de remplir les formalités de l'art. 459 (2).

563. Les art. 457 et 458 seront également applicables à la constitution d'un droit réel quelconque sur les immeubles du mineur, tel qu'un usufruit, une servitude, un droit d'emphytéose (L. 25 juin 1902, art. 2). Il faut en dire autant de la renonciation à une servitude active ou à un usufruit immobilier appartenant au pupille (3). Tous ces actes constituent en effet des aliénations d'immeubles. Quant aux formes mêmes de ces actes, il va de soi qu'il ne peut être question d'appliquer

(1) Vazeille sur Proudhon, II, p. 384; Fréminville, II, n. 730; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 221, note 21; Demolombe, VII, n. 707; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 18; Rendant, II, n. 872; Planiol, I, n. 1921. — *Contra* Zachariæ, *loc. cit.*; Laurent, V, n. 50.

(2) Dijon, 10 juill. 1879, S., 80. 2. 41 et la consultation de M. Bufnoir.

(3) Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 301; Demolombe, VII, n. 735; Aubry et Rau, I, § 113, p. 708; Rendant, *loc. cit.* — Cass., 25 mars 1861, S., 61. 1. 676.

la disposition de l'art. 459. Ils seront faits à l'amiable, conformément aux indications du conseil de famille [1].

564. Dans trois cas exceptionnels l'aliénation des immeubles du mineur peut avoir lieu sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

565. I. Le premier cas est prévu par l'art. 460, ainsi conçu : « *Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour* » *l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au* » *cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la pro-* » *vocation d'un copropriétaire par indivis. — Seulement, et* » *en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme* » *prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront* » *nécessairement admis* ». Cpr. C. pr., art. 953, al. 2.

Dans le cas prévu par le texte, l'aliénation est un acte nécessaire, pour lequel la loi a jugé inutile de prescrire une autorisation du conseil de famille, que celui-ci ne serait pas libre de refuser.

Notre article indique d'une manière suffisante la forme dans laquelle la licitation doit être faite, et il ajoute que les étrangers seront nécessairement admis à enchérir. C'est là une garantie établie dans l'intérêt du mineur, en vue d'obtenir le plus haut prix possible. Si tous les copropriétaires étaient majeurs, ils pourraient, d'un commun accord, exclure les étrangers. Cpr. art. 1687 [2].

566. L'art. 460 suppose que la licitation est provoquée par les copropriétaires du mineur. Mais le tuteur peut-il la demander lui-même? La question est délicate. Elle est susceptible de se poser dans deux hypothèses différentes.

A. Il se peut que, dans une masse indivise dont le partage a été demandé, soit par les cohéritiers du mineur, soit par le tuteur autorisé par le conseil de famille, il y ait des immeubles qui ne puissent être commodément partagés en nature. Il a été jugé que le tuteur a qualité pour en provoquer la

(1) Demolombe, VII, n. 736.

(2) Un testateur qui ne laisse pas d'héritiers réservataires peut-il charger son exécuteur testamentaire de vendre à l'amiable les immeubles légués par lui au mineur et à d'autres personnes? V. sur cette question, Paris, 22 juil. 1901, D., 1907. 2. 385.

licitation, sous la seule condition d'obtenir l'autorisation du conseil de famille; en effet, a-t-on dit, le tuteur peut, aux termes de l'art. 465, intenter une action en partage avec la seule autorisation du conseil de famille. Les textes ne distinguent pas suivant que l'action doit aboutir à un partage en nature ou qu'elle doit nécessiter une licitation. Du moment que le tuteur est habilité à provoquer le partage, il faut lui reconnaître le pouvoir de former les demandes qui sont la conséquence et l'accessoire de l'action en partage. Or tel est précisément le caractère de la demande en licitation. D'ailleurs, la vente n'est pas purement volontaire; c'est une vente forcée, nécessaire pour faire cesser l'indivision; elle constitue un mode de partage. Enfin, les tribunaux étant appelés à statuer sur la licitation, le mineur trouve dans leur intervention des garanties suffisantes [1].

Ces arguments ont une incontestable valeur. Ils ne sont pas cependant absolument décisifs [2]. Pour déterminer les pouvoirs du tuteur relativement à un acte juridique quelconque, il convient, semble-t-il, d'envisager cet acte en lui-même, et abstraction faite des circonstances dans lesquelles il se produit. La nature de cet acte est toujours la même. Or la licitation n'est pas autre chose qu'une vente (arg. art. 1686). L'art. 460 en porte lui-même la preuve, puisque, dans certains cas, il dispense la licitation des formalités de la vente. C'est donc qu'en principe la licitation est soumise aux règles de la vente. Il ne semble pas que la nature de cet acte soit modifiée par cette circonstance accidentelle que la demande en licitation est formée au cours des opérations du partage. Sans doute, si l'adjudication est prononcée au profit de l'un des copartageants, l'adjudication produit les effets déclaratifs que l'art. 883 attribue au partage. Mais cela ne signifie pas que la licitation soit, à tous égards, soumise aux règles du partage. C'est un acte juridique différent. Puis, les étrangers devant nécessairement être admis, il se peut que l'adjudication soit

[1] Duranton, Demolombe et Boulanger, I, n. 668; Laurent, V, n. 75. — Bordeaux, 20 août 1850, D., 50. 2. 204. D., 71. 2. 143. — Cpr. Dijon, 31 déc. 1891, D., 92. 2. 233.

[2] V. la note de M. de Loynes, sous l'arrêt de Dijon, précité, D., 92. 2. 233. — Adde Zachariæ, I, § 221, note 22.

faite au profit d'un étranger. Il est incontestable qu'alors la licitation est une vente, et n'offre à aucun degré les caractères du partage. Dès lors, il est impossible d'attendre les résultats de l'adjudication pour déterminer les pouvoirs du tuteur. C'est une question qui doit être résolue au moment où la licitation est demandée. Ne faut-il pas en conclure que la demande en licitation incidente doit être traitée comme la demande principale, et que, dès lors, il convient d'appliquer les art. 457 et 458 [1]?

B. Quelle que soit la solution que l'on adopte sur la question qui précède, il est certain que les art. 457 et 458 seraient applicables au cas où la licitation est demandée par le tuteur, au nom du mineur, en dehors d'une instance en partage. Il s'agit alors en effet d'une aliénation volontaire [2].

567. II. La deuxième exception a lieu lorsque l'expropriation des immeubles du mineur est poursuivie par ses créanciers. A quoi bon ici encore demander au conseil de famille une autorisation qu'il ne pourrait pas utilement refuser ? Le seul privilège que la loi accorde au mineur, c'est que ses immeubles ne peuvent être mis en vente qu'après discussion préalable du mobilier (art. 2206). Et encore le mineur ne jouit-il pas toujours de ce bénéfice, ainsi qu'on le voit par l'art. 2207.

568. III. Enfin le troisième cas est prévu par l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le tuteur peut consentir la cession amiable de l'immeuble du mineur compris dans l'arrêté d'expropriation, en vertu d'une autorisation donnée directement par le tribunal, sur une simple requête, et sans que le conseil de famille ait à intervenir. Dans le même cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le tuteur, sous la même condition, peut accepter les offres d'indemnité émanant de l'administration (L. 3 mai 1841, art. 25). D'ailleurs, il n'aurait besoin d'aucune autorisation pour rejeter ces offres et pour procéder sur la demande en règlement de l'indemnité [3].

(1) En ce sens Angers, 19 juin 1851, S., 70. 2. 294, en note, D., 51. 2. 163.

(2) Zachariæ, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 113, note 20. — Cass., 20 janv. 1880, S., 80. 1. 209, D., 80. 1. 161.

(3) Cass., 13 mars 1861, D., 61. 1. 181.

Des règles analogues ont été édictées par la loi du 22 déc. 1888, modifiant la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales. D'après l'art. 14 nouveau de la loi du 21 juin 1865, si des biens de mineurs sont compris dans le périmètre, le tuteur peut faire la déclaration de délaissement sous la seule condition d'y être autorisé par le tribunal.

N° 3. Hypothèque.

569. La loi applique à la constitution d'une hypothèque sur les biens du mineur la même règle qu'à l'aliénation. Le tuteur ne pourra donc hypothéquer les immeubles du mineur qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Le conseil de famille indiquera les immeubles qui devront être de préférence hypothéqués, bien que la loi dise seulement qu'il indiquera ceux qui devront être vendus de préférence.

570. Dans tous les cas où le tribunal sera appelé à homologuer une délibération du conseil de famille autorisant pour le compte du mineur un emprunt, une aliénation d'immeuble ou une constitution d'hypothèque, il devra statuer sur ce point en la chambre du conseil (art. 458) et après avoir entendu le procureur de la république. La loi veut que le tribunal statue en la chambre du conseil, parce que la publicité pourrait nuire aux intérêts du mineur. Si la vente d'un immeuble, par exemple, est autorisée par le conseil de famille pour cause d'une nécessité absolue, il ne faut pas que le public soit initié à l'état de détresse du mineur; si elle est autorisée pour cause d'un avantage évident, il ne faut pas révéler le secret de cet avantage : cela pourrait quelquefois entraver le succès de l'opération.

N° 4. Aliénation de meubles incorporels du mineur, dont la valeur dépasse 1.500 fr. en capital.

571. Nous rappelons que nous devons également nous occuper ici de l'aliénation des meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas 1.500 francs en capital (V. *supra*, n. 554).

572. Le code civil n'avait prescrit aucune règle particulière pour l'aliénation des meubles incorporels du mineur, tels que créances sur particuliers, actions ou obligations industrielles. Cette lacune de notre code s'expliquait par le peu d'importance de la fortune mobilière à l'époque où il fut rédigé. Le législateur s'était surtout préoccupé de protéger les immeubles du mineur et il n'avait pas songé à sauvegarder sa fortune mobilière. Il était encore sous l'influence des anciennes idées qu'exprimait le vieil adage : *Res mobilis, res vilis ; mobilium vilis possessio.*

Du silence gardé par le code sur ce point une grande partie des auteurs avaient conclu que le tuteur était armé de pleins pouvoirs pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à son pupille (1). C'était la conséquence logique du principe de l'omnipotence du tuteur (*supra*, n. 505). La jurisprudence, pendant longtemps, avait résisté à cette interprétation. Jusqu'en 1873, elle annulait, en général, les aliénations de valeurs mobilières faites par le tuteur sans l'autorisation du conseil de famille (2). En 1873, un revirement se produisit. La cour de cassation décida que le tuteur pouvait disposer seul et sans autorisation des meubles incorporels appartenant au mineur et convertir les titres nominatifs du mineur en titres au porteur (3).

Les pouvoirs ainsi reconnus au tuteur par la doctrine et la jurisprudence ne comportaient, d'après cette interprétation, d'autres restrictions que celles qui y avaient été apportées expressément par le législateur. Or deux textes seuls étaient venus limiter sur ce point les pouvoirs du tuteur. La loi du 24 mars 1806, art. 3, exigeait l'autorisation du conseil de famille pour le transfert des rentes sur l'Etat, lorsqu'elles

(1) V. sur ce point Demolombe, VII, n. 586 s.

(2) Douai, 28 juin 1843, S., 43. 2. 586. — Cass., 12 déc. 1855, D., 56. 1. 18, S., 56. 1. 97. — Saint-Denis (Réunion), 25 mai 1866, D., 69. 1. 369, S., 70. 1. 65.

(3) Nîmes, 15 déc. 1853, S., 54. 2. 332. — Trib. Seine, 14 janv. 1859, D., 59. 3. 47. — Trib. Seine, 10 mai 1870, D., 70. 3. 103. — Cass., 3 fév. 1873, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 354, S., 73. 1. 61. — Cass., 21 juil. 1873, D., 74. 1. 264. — Cass., 4 août 1873, D., 75. 5. 468, S., 73. 1. 441, et la note. — Trib. de La Rochelle, 8 juil. 1879, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 357, S., 80. 2. 217. — Cpr. Paris, 11 déc. 1871, D., 72. 2. 75, S., 71. 2. 249.

excédaient dans leur ensemble 50 fr. de revenu [1]. Le décret du 25 septembre 1813 soumettait à la même condition le transfert des actions de la Banque de France, lorsque le mineur était propriétaire, soit de plusieurs actions, soit de plusieurs coupons représentant plus d'une action entière. Les auteurs de la loi du 24 mars 1806, ainsi que le conseil d'Etat dans son avis du 8 novembre 1806, étaient partis de cette idée, évidemment inexacte, que l'art. 452 s'applique à la vente de toute espèce de meubles, corporels ou incorporels, et ils avaient voulu dispenser le tuteur de l'observation des formalités prescrites par ce texte pour le transfert des rentes sur l'Etat français. Aussi, dans la pensée des rédacteurs de la loi de 1806, celle-ci ne constituait pas une dérogation au principe d'omnipotence du tuteur [2].

573. L'interprétation admise par la doctrine et par la jurisprudence avait, dans la pratique, produit des résultats désastreux. Il était arrivé que le tuteur, abusant des pouvoirs qui lui étaient reconnus, dilapidât le patrimoine confié à son administration. Il y avait là un péril que l'extension énorme de la fortune mobilière, conséquence de la révolution économique qui s'est produite au cours du siècle dernier, rendait toujours plus redoutable. Une réforme était devenue nécessaire. Elle n'a été effectuée que par la loi du 27 février 1880, intitulée : *Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur*. Sur ce point, comme sur bien d'autres, nous nous sommes laissé devancer par la plupart des autres législateurs européens.

La loi nouvelle a un triple objet :

1° Elle ne permet au tuteur d'aliéner les valeurs mobilières appartenant au mineur ou à l'interdit que moyennant une autorisation du conseil de famille, qui, dans certains cas, doit être doublée de l'homologation du tribunal. Mêmes formalités

[1] Cette loi ne visait que les rentes 3 p. 100 sur l'Etat français. La question se posait ensuite, s'il fallait en étendre les dispositions aux autres types de rentes sur l'Etat français créés postérieurement.

[2] Rousseau soutenait, sans succès d'ailleurs, que l'aliénation des meubles incorporels est régie par les dispositions de l'art. 452.

à remplir pour la conversion en titres au porteur des titres nominatifs du mineur ou de l'interdit, opération presque aussi dangereuse que l'aliénation parce qu'elle la prépare et la facilite;

2° La loi nouvelle prescrit la conversion en titres nominatifs des titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit lors de l'ouverture de la tutelle ou qui lui surviennent pendant son cours;

3° Elle assure l'emploi des capitaux appartenant aux mineurs et aux interdits.

Afin d'assurer l'observation de ses prescriptions, la loi nouvelle confère au subrogé tuteur une mission de surveillance toute spéciale.

574. L'art. 1 de cette loi dispose : « *Le tuteur ne pourra* » *aliéner, sans y être autorisé préalablement par le conseil* » *de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations,* » *et autres meubles incorporels quelconques appartenant au* » *mineur ou à l'interdit* ». La règle est donc que le tuteur ne peut aliéner sans l'autorisation du conseil de famille aucun *meuble incorporel* du mineur [1]. Cette expression, dont la définition sera donnée sous l'art. 529, a un sens très large; elle comprend notamment, outre les rentes, actions et parts d'intérêts dont parle la loi, les obligations industrielles, les créances sur particuliers, les offices ministériels, les fonds de commerce [2], les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle, et l'usufruit des meubles, soit corporels, soit incorporels.

575. La loi du 27 février 1880, dans son art. 12, déclare abrogés la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813, ainsi que toutes les dispositions des lois qui seraient contraires à ses propres prescriptions. En conséquence, les rentes sur l'Etat français peuvent être transférées sous les conditions fixées par elle, et cela, alors même qu'elles seraient

[1] Circul. du garde des sceaux, 20 mai 1880. D., 81. 3. 70.

[2] V. cep. Bordeaux, 29 déc. 1890. D., 92. 2. 368. S., 91. 2. 221 et la note. Cet arrêt, qui s'explique peut-être par les circonstances particulières de la cause, juge que le tuteur peut aliéner à l'amiable et sans l'autorisation du conseil de famille un fonds de commerce appartenant à son pupille.

comprises dans une succession acceptée bénéficiairement pour le compte du mineur [1].

576. D'après le nouvel état de choses inauguré par la loi du 27 février 1880, le tuteur ne peut donc plus en aucun cas aliéner les meubles incorporels du mineur, *quelque minime que soit leur valeur*, sans une autorisation du conseil de famille; au-dessus d'un certain taux, l'homologation du tribunal est en outre nécessaire. On n'a pas voulu permettre au tuteur de se passer d'autorisation, même pour l'aliénation des valeurs de peu d'importance, par exemple de celles représentant un capital inférieur à 1.000 fr., parce que, d'une part, on aurait ainsi laissé sans protection les mineurs dont la fortune est minime (et ce sont précisément ceux-là qui ont le plus besoin d'être protégés), et que, d'autre part, en faisant à plusieurs reprises des aliénations de meubles incorporels d'une valeur égale au minimum fixé par la loi, le tuteur aurait pu arriver à disposer au préjudice du mineur de sommes importantes.

577. Mais d'ailleurs la loi ne dit pas ici, comme elle le fait au sujet des immeubles (art. 457), que l'aliénation ne pourra être autorisée que *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident*. Il suffit que l'aliénation paraisse utile, pour que le conseil de famille puisse l'autoriser [2]. Toutefois il sera bon que sa décision soit motivée, au moins toutes les fois qu'elle devra être soumise à l'homologation du tribunal; car il faut bien que le tribunal, chargé de contrôler la décision du conseil, puisse connaître les causes qui l'ont dictée.

578. L'art. 1 ajoute dans son alinéa final : « *Le conseil de « famille, en autorisant l'aliénation, prescrira toutes les mesures « qu'il jugera utiles* ». Notamment le conseil de famille pourra ordonner que les fonds à provenir de l'aliénation ne resteront pas à la disposition du tuteur, mais seront versés entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée. Il peut aussi régler l'emploi qui sera fait du prix. Mais les tiers, et notamment les compagnies dont les titres sont régulière-

[1] V. sur ce point Cass., 4 avril 1881, S., 81. 1. 206. — Cass., 13 août 1883, S., 84. 1. 177. — Lyon-Caen, *Note*, S., 84. 1. 177; Aubry et Rau, I, § 113, note 11 *ter*.
[2] Cpr. Delsol, *op. cit.*, n. 206.

ment aliénés, ne peuvent en aucun cas être déclarés responsables de l'emploi prescrit par le conseil de famille. Arg. art. 6 de la loi. Le conseil de famille peut aussi, car la loi s'exprime en termes généraux, régler le mode de la vente. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce dernier point.

579. Aux termes de l'art. 2 : « *Lorsque la valeur des meu-* » *bles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation* » *du conseil de famille, quinze cents francs en capital, la* » *délibération sera soumise à l'homologation du tribunal qui* » *statuera en la chambre du conseil, le ministère public* » *entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du Code de* » *procédure civile. — Dans tous les cas le jugement rendu* » *sera en dernier ressort* ».

580. Dans tous les cas, la décision du conseil de famille est susceptible d'être attaquée devant le tribunal civil. L'art. 2 ci-dessus renvoie en effet expressément à l'art. 883 C. pr. Il est vrai que, si l'on prend le texte à la lettre, il semblerait que l'on dût faire une distinction entre les délibérations sujettes à homologation et celles qui valent par elles-mêmes. L'art. 2, al. 1, *in fine*, semble en effet viser uniquement les premières. Mais rien ne nous autorise à penser que telle ait été l'intention des auteurs de la loi. La délibération du conseil de famille pourra donc faire l'objet d'un recours devant le tribunal civil, conformément à l'art. 883 C. pr., auquel il était inutile de renvoyer expressément, soit que l'on critique l'appréciation faite par le conseil de famille de la valeur des droits à aliéner, soit que, cette appréciation n'étant pas discutée, on attaque, quant au fond, la délibération qui a autorisé l'aliénation. Mais le jugement rendu par le tribunal civil ne pourra pas être frappé d'appel (art. 2, al. 2) [1].

581. D'ailleurs les règles ci-dessus s'appliquent à tout tuteur, même au survivant des père et mère. Mais il résulte du texte de la loi et du rapport de M. Denormandie au sénat qu'elles demeurent inapplicables au père administrateur légal, dont les pouvoirs relativement aux meubles incorporels

[1] Cpr. sur ces points Buchère, *Commentaire de la loi du 27 fév. 1880*, n. 51 ; Deloison, *op. cit.*, n. 212.

de son enfant restent ce qu'ils étaient avant la loi, c'est-à-dire assez peu définis (*supra*, n. 207). Les motifs qui ont fait établir cette exception sont les mêmes que ceux qui ont porté le législateur à ne pas accorder à l'enfant soumis à l'administration légale la garantie de l'hypothèque légale et celle de la subrogée tutelle.

582. Aux termes de l'art. 3 de la loi : « *L'aliénation sera » opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les » fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours » moyen du jour* ». En ce qui concerne les valeurs qui ne sont pas négociables à la Bourse, le conseil de famille, sauf l'homologation du tribunal dans les cas où elle est nécessaire, détermine la forme dans laquelle l'aliénation aura lieu. Argument de ces mots de l'art. 1 *in fine :* « prescrira toutes les mesures qu'il jugera utiles ». En vertu de ce même texte, le conseil de famille peut aussi déterminer l'emploi qui sera fait des fonds à provenir de l'aliénation. Maître de refuser son autorisation, le conseil de famille peut ne l'accorder que sous condition (1).

583. Si des valeurs mobilières appartiennent par indivis au mineur et à des tiers, peuvent-elles être aliénées *de plano*, sous les seules conditions fixées par la loi de 1880, ou faut-il procéder préalablement à un partage fait dans les formes prescrites par le code civil et le code de procédure civile ? La question est délicate. Il est certain que la loi du 27 février 1880 n'a pas dérogé aux règles relatives au partage des biens de mineurs. Les formes du partage doivent donc être observées toutes les fois que l'aliénation des valeurs équivaut à un partage ; car il ne peut être permis de faire par un moyen détourné ce que la loi défend de faire directement. Mais, dans le cas contraire, il suffira de se conformer aux prescriptions de la loi de 1880. Ces considérations ont amené la doctrine et la jurisprudence à formuler la distinction suivante (2) :

1° Si l'aliénation projetée a simplement pour but de substituer aux valeurs indivises d'autres valeurs destinées égale-

(1) Delamare, *op. cit.*, n. 287 ; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 11 *decies (a)*.
(2) Bachère, *Comment. de la loi du 27 fév. 1880*, n. 30 et 31 ; Aubry et Rau, I, § 113, texte et notes 11 *octies* et *novies*.

ment à rester indivises entre le mineur et ses consorts, l'opération ne produit pas les effets d'un partage. Elle pourra donc se faire sous les seules conditions prescrites par la loi de 1880 (1).

2° Si, au contraire, l'autorisation d'aliéner les valeurs est demandée dans le but de partager entre les copropriétaires le prix à provenir de la vente, c'est en réalité un partage que les parties veulent faire. Les formalités protectrices du partage doivent être observées. Peu importe que l'aliénation de valeurs indivises à laquelle on veut procéder soit partielle ou totale; peu importe aussi que cette aliénation soit demandée par le tuteur dans la vue d'employer la part du prix qui doit revenir au mineur en valeurs destinées à rester propres à celui-ci, ou qu'elle soit provoquée dans la vue de payer les dettes du mineur ou de subvenir à ses besoins. Dans tous les cas, la vente pure et simple des valeurs indivises aboutirait à un partage du prix entre les copropriétaires. Il est donc nécessaire de faire cesser au préalable l'indivision par un partage régulier, fait suivant les formes légales (2).

584. Les art. 5 et 10 de la loi complètent la mesure de protection résultant pour le mineur des dispositions que nous venons d'analyser. L'art. 5, que nous avons déjà étudié (*supra*, n. 485 s.), impose au tuteur l'obligation de convertir les titres au porteur en titres nominatifs. L'art. 10 est conçu dans le même ordre d'idées. Il porte : « *La conversion de tous* » *titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes* » *conditions et formalités que l'aliénation de ces titres* ». Avant la loi de 1880, il était de jurisprudence constante que le tuteur avait pleins pouvoirs pour la conversion des titres nominatifs du mineur en titres au porteur (3). En laissant

(1) Cass., 15 juillet 1890, S., 91. 1. 9, et la note de M. Lyon-Caen, D., 90. 1. 361.

(2) Trib. de la Seine, 23 juin 1880, S., 80. 2. 269, D., 81. 3. 70, en note. — 7 déc. 1883, S., 84. 2. 23, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 419. — Cass., 15 juillet 1890 (motifs), *supra*. — Just. de paix de Reims, 27 août 1900, D., 01. 2. 105. — Cpr. Bordeaux, 6 juin 1905, D., 07. 5. 53.

(3) Trib. de la Seine, 10 mai 1870, D., 70. 3. 103. — Paris, 11 déc. 1871, S., 71. 2. 249, D., 72. 2. 75. — Cass., 4 août 1873, D., 75. 5. 468, S., 73. 1. 441. — Cpr. Paris, 12 juil. 1869, D., 70. 2. 29, S., 69. 2. 321, et la note de M. Lyon-Caen. — Cass., 8 fév. 1870, D., 70. 1. 336, S., 70. 1. 189.

subsister cet état de choses, le législateur de 1880 aurait ruiné d'une main l'édifice qu'il venait d'élever de l'autre; car, les titres du mineur une fois mis sous la forme au porteur, qui empêchera le tuteur d'en disposer sans aucun contrôle?

La règle établie par l'art. 10 reçoit exception en ce qui concerne les inscriptions de rentes sur l'Etat. En effet, l'art. 9 de l'ordonnance royale du 29 avril 1831, qui n'a point été abrogé par la loi du 27 février 1880, prohibe la conversion en titres au porteur des titres nominatifs de rentes sur l'Etat appartenant à des incapables [1]. Voyez aussi le décret du 6 juin 1864, qui ne permet pas de convertir les titres de rente nominatifs appartenant à des incapables en titres munis de coupons au porteur.

585. Sanction des dispositions qui précèdent. — Le tuteur, qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la loi nouvelle en ce qui concerne soit l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au mineur, soit la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, est personnellement responsable envers celui-ci du préjudice que lui cause sa négligence.

Le subrogé tuteur est également responsable. L'art. 7 dispose à ce sujet : « *Le subrogé tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes* ».

La surveillance du subrogé tuteur doit principalement s'exercer en ce qui concerne : 1° le placement des capitaux dans le délai légal; 2° l'observation des prescriptions du conseil de famille quant au mode de placement; 3° la conversion des titres au porteur appartenant au mineur en titres nominatifs; 4° le dépôt des titres ou des capitaux pupillaires entre les mains de la personne désignée par le conseil de famille. — Au cas où le tuteur ne remplirait pas les obligations dont le subrogé tuteur est chargé de surveiller l'exécution, celui-ci doit convoquer le conseil de famille, qui ordon-

[1] Cpr. cependant Duc, III, n. 400; Planiol, I, n. 1917, note.

nera les mesures nécessaires, et pourra même, suivant les circonstances, destituer le tuteur. Si le subrogé tuteur lui-même ne remplit pas ou remplit mal la mission de surveillance que lui impose ici la loi, il pourra, sur la demande du mineur, être déclaré responsable envers celui-ci du préjudice qu'il lui a causé par sa négligence. Ainsi le subrogé tuteur, qui a omis de surveiller l'emploi d'un capital touché par le tuteur, pourra être condamné à rembourser ce capital au mineur, si le tuteur l'a dissipé et qu'il soit insolvable. Mais, le subrogé tuteur ne saurait être déclaré responsable s'il n'est pas en faute, par exemple s'il s'agit d'un capital que le tuteur a touché sans que le subrogé tuteur en pût être informé, comme il peut arriver au cas où une obligation appartenant au mineur serait appelée au remboursement par le tirage au sort.

Enfin il y a une autre sanction dont la loi ne parle pas, mais qui résulte des principes généraux : elle consiste dans la nullité des actes, notamment des aliénations, qui auraient été faits par le tuteur sans l'accomplissement des formes prescrites. Arg. art. 1311 et 1314. Cette nullité ne peut être proposée que par le mineur, qui d'ailleurs, pour l'obtenir, n'a pas besoin de prouver l'existence d'une lésion quelconque.

§ IV. *Actes de la tutelle, pour lesquels la loi exige certaines formalités spéciales qui varient suivant les cas.*

586. Cette dernière catégorie comprend : 1° la vente des meubles corporels du mineur; 2° le partage; 3° la transaction [1].

[1] On pourrait y ajouter, comme on le fait quelquefois, les ventes de valeurs négociables en Bourse et les ventes immobilières. Mais nous avons préféré, suivant en cela l'exemple donné par la plupart des auteurs, classer ces actes dans la catégorie précédente. Les conditions spéciales de forme auxquelles ils sont soumis viennent, en effet, simplement s'ajouter à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal, qui servent à habiliter le tuteur. Au contraire, les conditions prescrites pour la validité des actes dont nous avons maintenant à nous occuper ont un caractère principal et dérivent d'idées différentes.

587. 1° *La vente des meubles corporels,* pour laquelle il y a lieu de remplir les formalités particulières prescrites par l'art. 452 (*supra*, n. 479).

588. 2° *Le partage.* On suppose que le partage d'une masse indivise (succession, société ou communauté), dans laquelle un mineur a des droits, est demandé par un des consorts du mineur ou bien par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille. En quelles formes devra-t-il y être procédé? Dans les formes prescrites pour le partage judiciaire. L'art. 466 dit à ce sujet : « *Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. — Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procèderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots. — Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel* ».

Nous ne dirons rien ici des formes du partage judiciaire. Cette matière appartient à la procédure plutôt qu'au droit civil, et d'ailleurs nous la retrouverons sous les art. 822 à 839. Pour le moment, nous concentrerons notre attention sur la partie finale de notre article, qui déclare que tout partage, fait sans l'observation des formes qu'il prescrit, ne sera que *provisionnel*. Un partage *provisionnel* est un partage de jouissance, par opposition au partage *définitif,* qui est un partage de propriété. Notre disposition signifie donc que le partage fait en dehors des formes prescrites par la loi ne sera valable que quant à la jouissance des biens partagés; le mineur pourra par suite, sa majorité une fois survenue, exiger qu'il soit procédé à un nouveau partage, celui-là définitif.

C'est là un inconvénient grave. Il serait souvent de l'intérêt bien entendu de toutes les parties de pouvoir procéder à un partage définitif, sans passer sous les fourches caudines du

partage judiciaire. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une foule de moyens pour éluder l'application de l'art. 466 al. final. Un des plus usités consiste à faire figurer au partage une personne qui se porte fort pour le mineur, en promettant qu'une fois parvenu à sa majorité il ratifiera le partage et le rendra ainsi définitif.

La loi, on le voit, n'exige pas, pour la validité du partage provisionnel, les mêmes formalités que pour la validité du partage définitif. De là on induit généralement que le tuteur aurait qualité pour procéder à un partage provisionnel, au nom du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille [1]. Il y a toutefois quelques divergences sur ce point.

589. 3° *La transaction.* « La transaction », dit l'art. 2044, » est un contrat par lequel les parties terminent une contes- » tation née, ou préviennent une contestation à naître ». La transaction est le résultat de concessions réciproques, que se font les parties entre lesquelles il existe une contestation née ou imminente. Chacune sacrifie une partie du droit qu'elle croit avoir, pour éviter la chance de perdre le tout par suite de l'*incertus litis eventus*. La transaction diffère de l'acquiescement, dans lequel l'une des parties reconnaît le droit de l'autre, parce qu'elle considère le sien comme non fondé. Celui qui acquiesce à la prétention de son adversaire ne fait pas ou du moins ne croit pas faire un sacrifice; tandis qu'il en est autrement de celui qui transige, puisqu'il abandonne en partie un droit qu'il juge fondé pour le tout. La transaction apparaît donc comme un acte plus grave que l'acquiescement : ce qui explique que la loi exige un plus grand luxe de formalités, quand elle intéresse un mineur. Ces formalités sont indiquées par l'art. 467, ainsi conçu : « *Le tuteur ne* » *pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été* » *autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois juris-* » *consultes désignés par le procureur du Roi près le tribunal* » *de première instance. — La transaction ne sera valable* » *qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de*

[1] Demolombe, VII, n. 723, 724; Aubry et Rau, I, § 113, p. 718; Arntz, n. 742; Beudant, II, n. 866; Planiol, I, n. 1942. — Chambéry, 9 fév. 1870, D., 70. 2. 188. — *Contra* Laurent, V, n. 78.

« *première instance, après avoir entendu le procureur du* « *Roi* ».

La loi, on le voit, requiert ici, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, un avis (et entendez un avis favorable) [1] de trois jurisconsultes. Le texte de la loi paraît même exiger que cet avis soit exprimé à l'unanimité. Les trois jurisconsultes sont désignés par le procureur de la République ; on les choisit, dans la pratique, parmi les avocats inscrits au tableau depuis dix ans. Notre article parle de jurisconsultes et non d'avocats, parce qu'à cette époque l'ordre des avocats, supprimé par la loi du 20 septembre 1792, n'avait pas encore été rétabli.

Il résulte du texte et plus encore de l'esprit de l'art. 467, que la consultation des trois jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille autorisant la transaction ; car elle est précisément destinée à éclairer le conseil, et ce ne sera pas ordinairement sans besoin [2]. D'autre part, à la différence de ce qui a lieu dans les cas ordinaires, ce n'est pas ici l'avis du conseil de famille que le tribunal doit homologuer, mais bien la transaction [3] ; l'art. 467 est formel sur ce point. Cela implique que le tribunal doit examiner la transaction et l'apprécier.

La loi ne faisant aucune distinction, on doit en conclure que les formalités requises par l'art. 467 seraient nécessaires, aussi bien pour une transaction relative aux droits mobiliers du mineur, que pour une transaction relative à ses droits immobiliers [4].

Peu importe également le nom que les parties ont donné à l'opération. Les prescriptions de l'art. 467 devront être observées, dès lors que cet acte présente les caractères juridiques de la transaction [5].

[1] *Coulon* de Fremonville, II, n. 753.

[2] Cpr. Demolombe, VII, n. 746. — Dans la pratique, la délibération du conseil de famille précède souvent la consultation.

[3] V. cep. Aubry et Rau, I, § 113, p. 709, 710.

[4] Demante, II, n. 217 *bis*. Demolombe, VII, n. 747 ; Laurent, V, n. 96 ; Aubry et Rau, I, § 113, p. 709. — Paris, 14 août 1871, D., 72. 5. 455, S., 71. 2. 198. — Cpr. Pau, 9 mai 1834, S., 35. 2. 158, *J. G.*, v° *Acquiescement*, n. 143.

[5] Cass., 15 déc. 1887, D., 88. 1. 248. — Douai, 10 nov. 1890, D., 91. 2. 133.

§ V. *Des actes qui sont complètement interdits au tuteur.*

590. Ces actes peuvent être divisés en deux catégories :

I. Il en est qui, à raison de leur nature, ne peuvent être accomplis que par le mineur seulement. Ce sont des actes qui supposent nécessairement une manifestation personnelle de volonté de la part de celui en la personne duquel ils doivent produire leurs effets juridiques. Certains d'entre eux peuvent d'ailleurs être faits par le ministère d'un mandataire *conventionnel,* c'est-à-dire d'un représentant qui tient ses pouvoirs de la volonté même de celui qu'il représente. Mais tous présentent ce caractère commun de ne pouvoir être accomplis par l'intermédiaire d'un mandataire légal, tenant ses pouvoirs de la loi et non de la volonté du représenté.

II. Les actes de la deuxième catégorie ne supposent pas, comme les précédents, une manifestation personnelle de volonté de la part du mineur, mais ils sont contraires au but que le législateur s'est proposé en organisant la tutelle. En conséquence, ils ne peuvent être faits, ni par le mineur lui-même, ni par le tuteur agissant pour le compte de son pupille. Ce sont des actes qui excèdent à la fois les bornes des pouvoirs du tuteur et les limites de la capacité personnelle du pupille.

N° 1. Des actes qui ne peuvent être accomplis que par le mineur.

591. La plupart de ces actes concernent la personne du mineur ; mais il en est cependant qui sont relatifs à son patrimoine.

592. 1° *Testament.* — Le testament doit être l'œuvre personnelle du testateur. En aucun cas donc le tuteur ne pourra accomplir cet acte pour le compte de son pupille. D'un autre côté, le testament suppose une volonté mûre et réfléchie. Notre loi considère qu'un mineur ne remplit cette condition que lorsqu'il a au moins seize ans. Au-dessous de cet âge un testament ne pourra être fait ni par lui ni pour lui.

593. 2° *Reconnaissance d'un enfant naturel.* — V. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *De la paternité et de la filiation,* n. 651.

594. 3° *Mariage.* — V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes,* t. III, n. 1597.

595. 4° *Contrat de mariage.* — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage,* t. I, n. 141 s.

596. 5° *Engagement dans les armées de terre ou de mer.* — C'est le mineur qui contracte personnellement l'engagement de cette nature, soit seul, soit avec l'autorisation de son tuteur, suivant qu'il a plus ou moins de 20 ans révolus (Loi du 21 mars 1905, art. 50-6°). V. aussi pour l'inscription maritime, la loi du 24 déc. 1896, art. 10 et 51.

597. 6° *Engagements relatifs à une profession.* — Aux actes que nous venons d'énumérer il faut ajouter, suivant une opinion généralement admise, les engagements relatifs à une profession exercée par le mineur. Sur ce point, il convient cependant de faire certaines réserves.

Le choix d'une profession se manifeste souvent par la conclusion d'un contrat. Ainsi, celui qui veut devenir commerçant achète un fonds de commerce. De même celui qui désire entrer dans la carrière théâtrale contracte avec un entrepreneur de spectacles un engagement théâtral, etc... Le tuteur a-t-il, pour les actes de cette nature, le pouvoir de représenter le mineur? Cette question ne comporte pas une solution uniforme.

598. I. Il est tout d'abord certain que le tuteur peut placer son pupille en apprentissage et l'obliger par un contrat d'apprentissage, sans l'intervention de celui-ci (L. 22 fév. 1851, art. 3 [1]). Ce texte a fait cesser les controverses qui s'étaient élevées sous l'empire de la loi du 25 germinal an XI, art. 9. La solution adoptée par la loi de 1851 est des plus rationnelles. Le tuteur, quand, du moins, il est chargé de la personne du mineur, peut le placer dans un collège sans son consentement. Or, si le collège est le moyen d'une éducation libérale, l'apprentissage est le moyen d'une éducation professionnelle.

599. II. Les solutions qui précèdent découlent, comme du reste nous l'avons dit antérieurement (*supra*, n. 455), de ce

[1] Beudant, II, n. 835.

que le tuteur est normalement chargé du soin de la personne et de l'éducation du pupille. Mais il ne faut pas les étendre à des actes juridiques qui n'ont pas pour but d'assurer l'instruction et l'éducation de l'enfant. Ainsi nous ne pensons pas que le tuteur puisse, en principe, sans le consentement du mineur, conclure une convention d'où résulterait, pour celui-ci, l'obligation d'exécuter des prestations personnelles (1). Pour les actes de cette nature, le mineur doit intervenir en personne et donner son consentement. Seulement, comme il est incapable, il devra être assisté par son tuteur. Il y a là une dérogation aux règles générales de la tutelle d'après lesquelles le tuteur est le représentant de son pupille.

Ce système a été consacré par le législateur, au moins dans certains cas spéciaux. La loi du 15 mars 1850, art. 79, et le décret du 2 juillet 1866, art. 14, disposent que l'engagement décennal dans l'Instruction publique ne peut être contracté par le mineur qu'avec l'assistance de son tuteur (2).

Il faut donner la même solution pour l'engagement théâtral. Le mineur peut en contracter un avec l'autorisation de son tuteur (3), mais le tuteur ne pourrait pas le contracter pour lui.

600. III. Le tuteur peut-il faire une entreprise commerciale par représentation de son pupille? Il faut, sans hésiter, répondre négativement. Nul ne peut devenir commerçant par le fait d'autrui. Il y a là une qualité essentiellement personnelle, qu'on ne peut acquérir que par ses propres actes. Le tuteur ne peut donc rendre le mineur commerçant, en gérant pour le compte de celui-ci une entreprise commerciale. C'est le mineur qui fera personnellement le commerce, s'il y a lieu; mais il faudra pour cela qu'il soit sorti de tutelle; car le mineur ne peut faire le commerce qu'à la condition d'être émancipé. Arg. art. 2 C. com. (4).

(1) Demolombe, VII, n. 799. — Cpr. codes civ. portugais, art. 244, 5° et 7°; espagnol, art. 269; allemand, art. 1822; autrichien, art. 246; Zurich, art. 782.

(2) Cass., 26 janv. 1891, D., 91. 1. 123.

(3) Paris, 8 juil. 1882, D., 83. 2. 93, S., 85. 2. 106. — Demolombe, VII, n. 800; Planiol, I, n. 1880. — V. cep. Paris, 27 juin 1889, D., 90. 2. 206, S., 89. 2. 159.

(4) Aubry et Rau, I, § 113, note 43 *bis*; Planiol, I, n. 1880; Lyon-Caen, note S.,

Le tuteur pourrait cependant accomplir des actes conservatoires, par exemple lorsque le père du mineur a laissé, en mourant, un établissement commercial (1). Il pourrait aussi, en dehors de cette hypothèse, faire des actes de commerce isolés, mais, sur ce point, il y a des divergences (2).

601. Si le mineur s'est rendu coupable d'un crime, d'un délit, ou d'une contravention de police, il va de soi que la poursuite tendant à l'application de la peine prononcée par la loi sera intentée contre le mineur seul, sans l'assistance de son tuteur.

Mais en est-il de même de l'action civile en dommages-intérêts? Il y aurait lieu, selon nous, de résoudre cette question par la distinction suivante :

A) Si la demande est portée devant le tribunal civil, ce sont les règles ordinaires qui doivent être suivies, et l'action sera intentée contre le tuteur, agissant en qualité de représentant de son pupille.

B) Mais si la demande est formée devant la juridiction répressive, accessoirement à l'action publique, il semble bien que le mineur puisse être assigné seul et sans l'assistance de son tuteur (3). La loi a fait de l'action civile un accessoire et une dépendance naturelle de l'action publique; ces deux actions doivent être intentées contre les mêmes personnes et elles sont, à ce point de vue, soumises aux mêmes règles. Du moment que le mineur peut défendre seul à l'action publique, il serait étrange qu'il eût besoin de l'assistance de son tuteur pour défendre à l'action civile, qui touche seulement à ses intérêts pécuniaires. Obliger la partie civile à mettre le tuteur en cause, ce serait lui enlever le droit qui lui est

(1) 2. 97. — Alger, 4 avril 1891, S., 92. 2. 16. — Cpr. codes civ. autrichien, art. [illegible]; néerlandais, art. 466; portugais, art. 224, 8°; espagnol, art. 269.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) Cpr. Paris, 21 mai 1884, S., 85. 2. 97, et la note de M. Lyon-Caen, D., 85. 2. 177. — Alger, 4 avril 1891, *supra*.

(4) Massé et Verge sur Zachariæ, I, § 222, note 1; Sourdat, *De la responsabilité*, I, n. 2[illegible]; Demolombe, VII, n. 802 à 804; Aubry et Rau, I, § 109, texte et note 8. — Grenoble, 4 mars 1835, S., 35. 2. 308. — Cass., 15 janv. 1846, S., 46. 1. 489. — Contra Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, II, p. 192; Zachariæ, *loc. cit.* — Cour d'assises de la Moselle, 1er août 1829, S., 29. 2. 289. — Cour d'assises du Haut-Rhin, 15 mars 1831, S., 33. 2. 182.

accordé par la loi (art. 359 C. inst. crim.) de former sa demande jusqu'au moment du jugement. Car, pour que le tuteur pût être appelé en cause, il faudrait qu'il fût assigné avant le jugement. Enfin, le code d'instruction criminelle attribue aux juges répressifs le droit de statuer sur l'action civile, sans distinguer suivant que le prévenu ou l'accusé est majeur ou mineur, capable ou incapable (art. 3, 115, 147, 159, 161, 162, 182, 192, 358, 359, 366).

Ces derniers motifs nous conduisent à donner la même solution au cas où, en matière correctionnelle ou de simple police, l'action civile est intentée par voie principale devant la juridiction répressive. Telle est en effet l'opinion généralement admise [1].

602. En ce qui concerne les actions relatives à l'état ou à la capacité du mineur, v. *supra*, n. 527.

N° 2. Des actes qui ne peuvent être accomplis, ni par le tuteur, pour le compte du pupille, ni par celui-ci, agissant personnellement.

603. Ce sont : le compromis ; l'acceptation pure et simple d'une succession ; la donation des biens du mineur.

604. 1° *Compromis.* — Le compromis est un traité par lequel on confie à des arbitres la mission de trancher une contestation. Les arbitres sont des juges du choix des parties ; ce sont de simples particuliers qu'elles investissent du pouvoir de les juger. Les arbitres n'étaient pas en odeur de sainteté dans notre ancien droit. *Non judices sed simiæ judicum*, dit un de nos anciens, avec un accent de profond mépris. Il faut bien croire que notre législateur se défie lui aussi de la juridiction arbitrale, puisqu'il interdit le compromis pour toutes les contestations dans lesquelles des mineurs sont intéressés. C'est ce qui résulte par argument des art. 83-6° et 1004 du code de procédure civile, qui nous révèlent en même temps l'un des motifs de cette prohibition : devant une juridiction arbitrale, les mineurs seraient privés de la garantie des conclusions du ministère public, qui leur est accordée devant les tribunaux

[1] Sourdat, *op. et loc. cit.* : Demolombe, VII, n. 804 *bis*. — Bourges, 18 août 1838, S., 39. 2. 32. — Cass. (motifs), 29 mars 1849, S., 50. 1. 78, D., 49. 1. 225. — *Contra* Aubry et Rau, I, § 109, texte et note 9.

ordinaires dans l'intérêt de leur défense. Ajoutez que, si les causes des mineurs avaient pu être soumises aux juridictions arbitrales, ils n'auraient pas eu la ressource, comme dans le cas où ils sont jugés par les tribunaux ordinaires, de se pourvoir par voie de requête civile, au cas où ils n'auraient pas été valablement défendus.

La loi étant générale, il n'y a pas à distinguer suivant que le compromis est relatif aux droits mobiliers ou aux droits immobiliers du mineur [1].

Dans la pratique, on a tourné parfois la prohibition légale, à l'aide de certains procédés. Par exemple, après que la décision arbitrale a été rendue, le tuteur et son adversaire, d'un commun accord, la rédigent sous la forme d'une transaction et remplissent les conditions fixées par l'art. 467; ou bien encore ils la soumettent au tribunal, sous la forme d'un jugement d'expédient et la font homologuer par la justice. La validité de pareils actes nous semble difficilement admissible. On ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement [2].

605. 2° *Acceptation pure et simple d'une succession* (V. *supra*, n. 541).

606. 3° *Donation.* — Le mineur est incapable, à tout âge, de faire une donation entre vifs (art. 903 et 904 C. civ.). Quant au tuteur, il ne peut pas disposer des biens du mineur par donation, parce que ses pouvoirs lui sont conférés dans le but de conserver le patrimoine du mineur et de le faire fructifier, mais non de le diminuer. Dès lors, l'on comprend que le code n'ait pas édicté expressément cette prohibition. Et toutefois, on s'accorde à reconnaître que le tuteur pourrait faire, *tutorio nomine*, des *cadeaux d'usage* aux domestiques, ouvriers, précepteurs... du mineur. Dans nos mœurs, ces cadeaux constituent un complément des salaires ou honoraires plutôt qu'une donation. Les dépenses faites par le

[1] V. Cass., 28 janv. 1839, S., 39. 1. 113. — Bourges, 18 déc. 1840, S., 41. 2. 58.

[2] Cpr. Toullier, II, n. 1242; Carré, *Lois de la procédure*, III, n. 3251; de Fréminville, II, n. 764; Demolombe, VII, n. 781; Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 69.

tuteur à ce titre lui seront allouées, si elles ne dépassent pas la juste mesure.

Les actes équivalents à la donation sont interdits au tuteur et au mineur comme la donation elle-même (1).

Ainsi le tuteur ne peut pas renoncer à une prescription acquise au profit du pupille (2).

Il ne peut pas consentir au débiteur du pupille la remise pure et simple de sa dette.

Il ne peut non plus, au nom du mineur, cautionner la dette d'un tiers. Le cautionnement est un acte d'une gravité exceptionnelle et, d'ailleurs, gratuit de sa nature (3).

Il lui est également interdit de donner main-levée d'une hypothèque attachée à une créance du mineur avant le paiement de cette créance (4).

Ce que nous avons dit de la donation est également vrai du testament, mais dans une certaine mesure seulement (V. *supra*, n. 592) (5).

§ VI. *Des actes qui peuvent être accomplis, soit par le tuteur, soit par le mineur.*

607. Les actes, peu nombreux d'ailleurs, dont nous allons maintenant aborder l'étude, présentent ce caractère particulier d'être compris à la fois dans les bornes des pouvoirs du tuteur, et dans les limites de la capacité personnelle du pupille. Le mineur est capable de les faire pour son propre

(1) Cass., 6 mars 1893, D., 93. 1. 473, S., 97. 1. 502. — Cpr. Paris, 14 juil. 1826, S., 27. 2. 114.

(2) Aubry et Rau, I, § 113, texte et note 46.

(3) Planiol, I, n. 1929.

(4) Cass., 22 juin 1818, S., 19. 1. 111. — Cass., 6 mars 1893, *supra*.

(5) Les auteurs, en général, ajoutent à l'énumération que nous venons de donner des actes interdits au tuteur, l'achat des biens du mineur par le tuteur (art. 450, al. 3 et 1596, al 2) et l'acquisition par le tuteur d'un droit ou d'une créance contre son pupille (art. 450). Nous ferons remarquer que ces sortes d'opérations sont interdites au tuteur, en tant qu'il agit en son nom personnel et pour son propre compte. Les règles édictées à cet égard par la loi ne constituent donc pas des restrictions aux *pouvoirs* du tuteur. Il s'agit en réalité d'une *incapacité* dont le tuteur est frappé par suite des relations personnelles que la tutelle établit entre lui et son pupille (V. *infra*, n. 620 s.).

compte; le tuteur peut les accomplir au nom et pour le compte de son pupille.

En ce qui concerne ces actes, la loi a, en quelque sorte, associé le mineur à son tuteur pour la gestion de ses propres affaires. Un pareil procédé a l'avantage d'initier le mineur au gouvernement de son patrimoine. Mais il ne doit être employé qu'avec une extrême prudence ; car il ne faut pas que, par une intervention intempestive et ignorée de son tuteur, le mineur puisse contrecarrer l'action de celui-ci et briser l'unité de l'administration de ses biens. Ces considérations n'ont pas échappé à notre législateur, auquel on peut, au contraire, adresser le reproche de s'être montré trop timide et de s'être laissé dépasser en cette matière, comme en bien d'autres, par un assez grand nombre de législations étrangères ([1]). Les cas dans lesquels le mineur peut intervenir personnellement sont en effet peu nombreux.

608. I. Tout d'abord, le mineur peut faire seul, aussi bien que le tuteur, les actes conservatoires de ses droits. La loi le décide formellement ainsi en ce qui concerne l'inscription de l'hypothèque légale du mineur (art. **2139** et **2194**). Il faut en dire autant de tous les autres actes conservatoires ([2]). On admet même généralement que le mineur pourrait exercer dans ce but une action en justice, par exemple, afin d'interrompre une prescription courant contre lui ([3]). Mais, bien entendu, si l'assignation du mineur suffit pour interrompre la prescription, elle n'est pas suffisante pour obliger le défendeur à lier le débat, et celui-ci pourra se refuser à plaider, tant que le tuteur ne sera pas intervenu, car c'est au tuteur qu'appartient l'exercice des actions du pupille.

([1]) Voir Codes civ. italien, art. 251, 278, 280; portugais, art. 212; espagnol, art. 2[illegible]; [illegible], art. 246 et 247; allemand, art. 112, 113, 1824, 1827; de Zurich, art. [illegible].

([2]) Aubry et Rau, I, § 109, p. 670.

([3]) On ne peut se fonder sur l'art. 2247 C. civ. pour dire que l'assignation faite sur la requête du mineur, étant irrégulière, n'a pu avoir pour effet d'interrompre la prescription. L'art. 2247 ne vise que l'assignation nulle pour défaut de forme. Or l'assignation lancée par le mineur n'est pas nulle pour défaut de forme. Troplong, *De la prescription*, II, n. 520; Demolombe, VII, n. 809; Aubry et Rau, I, § 109, [illegible] note 12.

609. II. De même, le mineur peut, sans l'intervention de son tuteur, se faire ouvrir un livret à la caisse d'épargne et y effectuer des dépôts. Il peut même retirer ces dépôts librement, s'il a atteint l'âge de seize ans révolus. C'est ce qui résulte de l'art. 16, al. 3, de la loi du 20 juillet 1895, applicable à toutes les caisses d'épargne (art. 25 de la loi précitée), ainsi conçu : « Les mineurs seront admis à se faire ouvrir des » livrets sans l'intervention de leur représentant légal. Ils » pourront retirer, sans cette intervention, mais seulement » après l'âge de seize ans révolus, les sommes figurant sur » les livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leur » représentant légal ». Le tuteur peut aussi faire ouvrir un livret au mineur et effectuer des versements au nom de celui-ci.

610. III. Dans le même ordre d'idées a été rendue la loi du 20 juillet 1886, sur la caisse des retraites pour la vieillesse. Le tuteur peut faire des versements pour le compte du mineur (arg. art. 13, al. 1). Quant à celui-ci, il peut opérer des versements, sans aucune assistance de la part du tuteur, s'il est âgé de plus de seize ans. S'il a moins de seize ans, il ne pourra faire des versements, dit la loi, *qu'avec l'autorisation de son tuteur*.

611. IV. Aux termes de la loi du 1er avril 1898, art. 3, al. 2, les mineurs peuvent faire partie d'une société de secours mutuels sans l'intervention de leur représentant légal.

612. V. Dans les cas déterminés par la loi du 12 juillet 1905, art. 5, le mineur peut être autorisé par le juge de paix à ester en justice devant lui (Loi précitée, art. 16, al. 2). Cette disposition a été insérée dans la loi à la suite d'un amendement présenté par M. Andrieu à la chambre des députés. M. Andrieu, désirant épargner au mineur les frais qui résulteraient de l'application des règles ordinaires du droit, avait demandé que le juge de paix pût autoriser le mineur à ester en justice devant lui lorsque le père ou le tuteur résiderait dans un lieu éloigné du siège de la justice de paix. Cette disposition, adoptée par la chambre des députés, fut ensuite généralisée par le sénat. — V. dans le même sens l'art. 3 de la loi du 28 mars 1907 sur les conseils de

prudhommes, et l'art. 51 de la loi du 24 décembre 1896 sur l'inscription maritime. Dans les cas prévus par ces divers textes, le mineur peut donc plaider, sans l'intervention de son tuteur, à l'occasion des actes relatifs à l'exercice de sa profession. L'intervention du tuteur est remplacée par celle de l'autorité publique, qui habilite le mineur à agir en personne.

SECTION XV

DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR ET DES CONSÉQUENCES DE SES ACTES

§ I. *Quand commence et quand finit pour le tuteur ou le protuteur l'obligation de gérer.*

613. « *Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du* » *jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence : sinon, du* » *jour qu'elle lui aura été notifiée* » (art. 418). Ce texte paraît ne s'occuper que du tuteur datif. En ce qui concerne le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire, il y a lieu de décider par analogie qu'il est tenu d'administrer à partir du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'investit de la tutelle.

614. « *La tutelle est une charge personnelle qui ne passe* » *point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement res-* » *ponsables de la gestion de leur auteur ; et, s'ils sont majeurs,* » *ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un* » *nouveau tuteur* » (art. 419).

La gestion intérimaire que la loi confie aux héritiers du tuteur décédé, en attendant la nomination d'un nouveau tuteur, n'est pas une tutelle. De là on doit conclure : 1° qu'il n'est pas nécessaire, pour être astreint à cette gestion, d'avoir la capacité requise pour être tuteur : ainsi les femmes, qui sont incapables d'être tutrices, ne sont pas pour cela dispensées de la gestion dont il s'agit ; 2° que celui auquel incombe cette gestion n'est pas grevé de l'hypothèque légale de l'art. 2121 ; 3° qu'il n'est pas soumis aux incapacités dont la loi frappe les tuteurs [1].

[1] De même, il n'y a pas lieu d'appliquer les art. 455 et 456 C. civ. — Paris, [illegible] D. [illegible] 2. [illegible]

§ II. *Conséquences juridiques des actes accomplis par le tuteur.*

615. Le tuteur, avons-nous dit, est le représentant légal du mineur. Les actes faits par lui sont censés accomplis par le mineur lui-même, et les effets s'en produisent directement dans la personne de celui-ci. Donc, pour déterminer les conséquences à l'égard des tiers des actes accomplis par le tuteur, il faut, en principe, faire abstraction de la personne du tuteur et prendre en considération celle du mineur seulement.

616. I. Les actes du tuteur, en cette qualité, ne font naître à la charge de celui-ci aucune obligation et les tiers n'ont en principe aucun droit sur son patrimoine (1). C'est ainsi que le tuteur ne sera point responsable personnellement des frais auxquels a donné lieu le procès qu'il a soutenu au nom du mineur. Tel est du moins le principe. Mais le tuteur sera personnellement tenu envers les tiers, s'il a commis un dol ou s'il s'est rendu coupable d'un délit ou d'un quasi-délit (2). De même, aux termes de l'art. 132 C. pr., le tuteur pourra être condamné aux dépens en son nom et sans répétition, s'il a compromis les intérêts de son administration. Les juges sont investis à cet égard d'un pouvoir d'appréciation (3).

617. II. On doit, avons-nous dit, pour déterminer les conséquences juridiques de l'acte accompli par le tuteur, *tutorio nomine,* prendre uniquement en considération la personne du pupille. *Factum tutoris est factum pupilli.*

Cette règle s'applique, quelle que soit la nature de l'acte, qu'il s'agisse d'un acte extrajudiciaire ou d'un acte judiciaire. Le mineur est lié par les actes extrajudiciaires du tuteur, comme s'il les avait accomplis lui-même, en état de majorité. Pourvu, bien entendu, qu'il ait été régulièrement représenté, il ne pourra attaquer ces actes que dans les cas où un majeur pourrait les attaquer lui-même. Sur ce point, il y a

(1) Nancy, 9 mai 1885, D., 86. 2. 134. S., 87. 2. 137.

(2) Demolombe, VII, n. 125 et 126; Aubry et Rau, I, § 115, p. 730; Planiol, I, n. 1864.

(3) Cass., 17 avril 1827, S., 27. 1. 456. — Nîmes, 2 juil. 1829, S., 30. 2. 31. — Dijon, 22 déc. 1865, D., 66. 2. 39.

cependant des difficultés assez graves, qui seront examinées au titre *Des contrats*.

La règle *factum tutoris est factum pupilli* s'applique, non seulement aux actes juridiques proprement dits, mais, d'une manière générale, à tous les actes commis par le tuteur dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi le mineur serait responsable des fautes dont le tuteur se serait rendu coupable dans l'exécution des obligations dont le mineur est tenu envers des tiers. C'est la conséquence du principe, posé par l'art. 450, que le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. Si, par la faute du tuteur, mandataire légal du pupille, l'obligation dont celui-ci est tenu envers un tiers n'est pas exécutée, le créancier a droit à des dommages-intérêts. Les droits du créancier ne peuvent être modifiés par cette circonstance que le débiteur est un mineur. De même le pupille sera responsable du dommage causé par le défaut d'entretien ou de surveillance des choses qui lui appartiennent (art. 1385 et 1386) (1).

Mais il ne répondrait pas des délits ou des quasi-délits commis par le tuteur, ni du dol dont celui-ci se serait rendu coupable, même dans l'exercice de ses fonctions. Tout au plus le tiers, lésé par le fait du tuteur, pourrait-il avoir contre le pupille une action *de in rem verso* fondée sur l'enrichissement que les actes du tuteur lui auraient procuré (2).

§ III. *De la responsabilité du tuteur.*

618. Dans le silence de la loi, ce sont les règles du droit commun qui doivent être appliquées. Le tuteur doit gérer en bon père de famille (art. 450). Il répond donc, en principe, des fautes que ne commettrait pas un bon père de famille. Les tribunaux sont d'ailleurs investis, en cette matière, d'un large pouvoir d'appréciation. Les circonstances exerceront le plus souvent sur leur décision une influence prépondérante.

(1) Laurent, V, n. 102; Aubry et Rau, I, § 115, texte et notes 6 s. — *Contra* Toullier, note 8, 95. 1. 241.

(2) Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 115, texte et note 9. — Cpr. Cass., 24 nov. 1841, S., 42. 1. 158. — Montpellier, 16 juil. 1891, et Cass., 21 mars 1893, S., 93. 1. 241. — Cass., 7 mai 1895, D., 94. 1. 505, S., 98. 1. 510.

Et, suivant les cas, les juges apprécieront plus ou moins sévèrement la responsabilité dont le tuteur est tenu envers son pupille. L'autorisation que le conseil de famille aurait donnée au tuteur ne peut pas avoir pour effet d'exonérer complètement celui-ci de sa responsabilité. Mais elle fournira aux juges un motif de se montrer plus indulgents dans leur appréciation [1].

619. Comme nous venons de le voir, la tutelle fait naître entre le tuteur et le pupille des relations juridiques, sur lesquelles nous reviendrons d'ailleurs à propos des comptes de tutelle. Elle fait naître également à la charge du tuteur certaines incapacités et lui fait encourir certaines déchéances. Ces incapacités, ces déchéances sont la conséquence des relations personnelles que la tutelle établit entre le tuteur et son pupille. La loi a craint que le tuteur ne soit tenté d'abuser de l'autorité qu'il possède sur la personne de son pupille et de la connaissance qu'il a acquise des affaires de celui-ci pour réaliser à ses dépens des opérations trop avantageuses pour lui-même. Dans l'*appendice* qui suit, nous allons examiner ces incapacités ou déchéances qui tiennent aux relations personnelles du mineur et du tuteur.

APPENDICE

DES INCAPACITÉS ET DES DÉCHÉANCES DONT LE TUTEUR EST ATTEINT DANS SES RELATIONS AVEC SON PUPILLE

620. I. Nous avons déjà vu (*supra*, n. 539) que le tuteur peut prendre à bail les biens du mineur. Mais la loi édicte, dans ce cas, des règles particulières. Le représentant légal du mineur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour conclure, au nom de celui-ci, un bail avec un

[1] Sur ces points, cpr. Duranton, III, n. 605 s.; Demolombe, VIII, n. 118 s.; Laurent, V, n. 166; Vigié, I, n. 753; Aubry et Rau, I, § 112, p. 691, § 113, p. 718; Planiol, I, n. 1859. — Pau, 19 août 1850, D., 51. 2. 5. — Cass., 10 déc. 1851, D., 52. 1. 152. — Paris, 20 juin 1857, D., 58. 2. 88. — Nancy, 7 fév. 1861, D., 61. 2. 200. — Besançon, 1er avril 1863, D., 63. 2. 93. — Trib. de Nérac, 24 fév. 1877, D., 78. 3. 7. — Douai, 24 juin 1881, *J. G., Suppl.*, vo *Minorité*, n. 351. — Caen, 11 fév. 1888, D., 88. 2. 315. — Rennes, 8 janv. 1897, S., 97. 2. 127, D., 97. 2. 365. — Rennes, 9 fév. 1904, D., 04. 2. 263.

étranger. Cette autorisation est, au contraire, nécessaire au subrogé tuteur, substitué spécialement au tuteur (art. 450), lorsqu'il donne un bien du mineur en bail au tuteur. La loi a prescrit l'intervention du conseil de famille, parce qu'elle a redouté que le tuteur n'amenât le représentant occasionnel du mineur à lui consentir des conditions désavantageuses pour ce dernier. Il y a là à la fois une restriction aux pouvoirs du représentant du mineur et une incapacité établie contre le tuteur personnellement. Le bail qui aurait été passé par le subrogé tuteur au profit du tuteur sans l'autorisation du conseil de famille serait entaché de nullité.

Le tiers auquel le tuteur a donné à bail un bien du mineur pourrait-il lui céder ensuite le bail? Il est difficile d'admettre la validité d'un pareil acte. Le tuteur ne peut faire par un moyen détourné ce que la loi lui défend de faire directement [1].

621. II. Une autre incapacité résulte pour le tuteur des art. 450, al. 3, et 1596, al. 2. — L'art. 450, al. 3, dit à ce sujet : « *Il ne peut... acheter les biens du mineur* »; et l'art. 1596, al. 2, répète la même prohibition. La plupart du temps, il est vrai, la vente des biens pupillaires se fait aux enchères publiques (art. 452 et 459), et il semblerait au premier abord qu'il est de l'intérêt du mineur d'admettre tous les enchérisseurs, même le tuteur; car plus les enchérisseurs seront nombreux et plus il y aura de chances que le prix atteigne un chiffre élevé. Mais si le tuteur avait pu enchérir pour son compte, il aurait eu intérêt à écarter les autres enchérisseurs : il est en bonne situation pour cela, car c'est à lui naturellement qu'on viendra demander des renseignements ! Le législateur a voulu éviter qu'il pût se trouver ainsi placé entre son devoir et son intérêt [2].

La règle que le tuteur ne peut pas se porter adjudicataire des biens du mineur souffre deux exceptions, qui sont indiquées dans le commentaire du titre *De la vente* (Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente et de l'échange*, n. 232 s.).

[1] Demolombe, VII, n. 786; Aubry et Rau, I, § 116, texte et note 3. — Bourges, 29 déc. 1842, S., 44. 2. 255.

[2] V. sur ce point Liège, 14 avril 1881, S., 82. 4. 18.

622. III. Le tuteur ne peut se rendre cessionnaire « *d'au-* » *cun droit ou créance contre son pupille* », dit l'art. 450 *in fine*. L'achat d'une créance est un acte de spéculation. Si le tuteur veut spéculer, qu'il spécule contre un autre que son pupille.

Un tuteur s'est fait céder une créance contre son pupille, en violation de la prohibition contenue dans l'art. 450 ; quel sera le sort de la cession ? Elle sera nulle ; la nullité se cache ici sous les termes prohibitifs de la formule légale. Mais comme la nullité n'a été édictée que dans l'intérêt du mineur, lui seul pourra s'en prévaloir (arg. art. 1125) ; le même droit n'appartiendrait pas au tuteur ni au cédant (1). Si le mineur demande la nullité de la cession, tout sera remis au même état que si la cession n'avait pas eu lieu. Le cédant recouvrera donc sa créance contre le mineur, et le tuteur pourra répéter *condictione sine causa* le prix qu'il a payé au cédant.

Mais le mineur n'est-il pas fondé en outre à dire à son tuteur : « Seul j'ai le droit de me prévaloir de la nullité de la cession ; il me plaît de ne pas le faire et de la tenir pour bonne ; la créance que vous avez achetée contre moi est de 10.000 francs ; vous l'avez payée 8.000 francs ; je vous rembourse ces 8.000 francs, et nous sommes quittes ; je suis quitte aussi envers le cédant, et par conséquent je ne dois plus rien à personne ». On l'admet généralement (2). Tel était, dit-on, notre ancien droit. A quoi l'on peut ajouter que le tuteur, ayant trouvé à acheter la créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale, aurait dû faire l'opération, non pour son compte, ce qui est une odieuse spéculation, mais pour celui de son pupille dont il doit gérer les intérêts en bon père de famille, et que, par conséquent, il n'a pas le droit de se plaindre, du moment qu'on le replace dans la situation où il se trouverait s'il avait agi loyalement. — Si la loi était à faire, il conviendrait peut-être de la formuler en ce sens. Mais il s'agit seulement de l'interpréter ; or la solution qui vient d'être développée revient en définitive à permettre au pupille

(1) Cpr. de Fréminville, II, n. 795 ; Valette sur Proudhon, II, p. 399, obs. I ; Zachariæ, I, § 224, note 3.

(2) Demolombe, VII, n. 768 ; Aubry et Rau, I, § 116, texte et notes 9 et 10.

de prendre pour son compte le marché fait par le tuteur : ce qui s'appelle dans la langue juridique exercer un *retrait*. Un texte ne serait-il pas nécessaire pour l'y autoriser ? Ne faut-il pas décider, en conséquence, que, si le mineur ne demande pas l'annulation de la cession, il devra payer au tuteur l'intégralité de la créance (1) ?

Mentionnons, pour mémoire seulement, l'opinion de quelques dissidents, qui, demandant à la loi romaine une solution qu'ils devraient uniquement chercher dans la loi française, veulent que, conformément à la novelle 72, le mineur soit libéré à la fois envers son ancien créancier et envers son tuteur : le premier n'ayant rien à réclamer, parce qu'il a cédé sa créance, et le second, parce qu'il n'a pu l'acquérir (2).

Ce que la loi ne veut pas, c'est que le tuteur spécule aux dépens de son pupille. Or l'acquisition d'un droit contre le mineur ne pouvant être pour le tuteur un instrument de spéculation qu'autant qu'elle est le résultat d'une cession *à titre onéreux*, on doit en conclure que ce sont seulement les cessions de cette nature que notre article proscrit. Les mots *cession, cessionnaire* sont pris ailleurs dans ce sens, notamment dans les art. 841, 1597 et 1699. De là il résulte que le tuteur pourrait acquérir un droit ou une créance contre son pupille par voie de cession *à titre gratuit,* c'est-à-dire par donation entre vifs ou testamentaire (3).

A plus forte raison le tuteur pourrait-il devenir créancier de son pupille en vertu d'une cause autre que la cession : par exemple par voie de succession, s'il est devenu héritier d'un créancier du mineur (4).

(1) De Freminville, II, n. 794, 795; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*

(2) Toullier, II, n. 1232; Duranton, III, n. 600; Marcadé, II, n. 246. — Par suite, la cession produirait ses effets entre le cédant et le cessionnaire seulement. Le tuteur aurait seulement le droit, si la créance acquise par lui existait réellement et s'il était de bonne foi, de se faire rembourser par le pupille, à titre de gestion d'affaires, la somme par lui payée au cédant.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 224, note 3; Duranton, III, n. 600, note 2; Demolombe, VII, n. 760 et 761; Aubry et Rau, I, § 116, p. 732; Beudant, II, n. 576. — La tradition est cependant en sens contraire. Zachariæ, I, § 224, p. 446.

(4) Demolombe, VII, n. 759 et 762; Aubry et Rau, I, § 116, p. 732; Beudant, *loc. cit.*; Sirville, I, n. 438. — V. cep. Duranton, III, n. 600.

De même encore le tuteur, en payant de ses propres deniers les dettes de son pupille, acquerrait contre lui une action de gestion d'affaires, donc une créance ; il pourrait même, en faisant ce paiement, obtenir le bénéfice de la subrogation, soit de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi, dans les cas prévus par l'art. 1251, soit en vertu d'une stipulation expresse (1). Certains auteurs ont, il est vrai, contesté l'exactitude de cette solution, en ce qui concerne la subrogation conventionnelle (2). Celle-ci, ont-ils dit, implique au fond une cession de la créance. Cela est vrai ; mais il n'en résulte pas que les règles qui gouvernent la cession de créance doivent être appliquées à la subrogation ; car entre ces deux actes il existe des différences profondes, soit quant à leur caractère juridique, soit quant à leur but économique et à leurs conséquences pratiques (3).

Enfin, si le tuteur a acquis un immeuble auquel est attachée une servitude active grevant un fonds du mineur, il pourrait se prévaloir de celle-ci. Car c'est simplement l'accessoire du fonds dominant qu'il a valablement acquis.

623. IV. Le mineur âgé de plus de seize ans ne peut disposer par testament en faveur de son tuteur ; sauf les exceptions indiquées par l'art. 907, dont le commentaire sera fourni au titre *Des donations*.

624. V. Enfin le tuteur ne peut invoquer contre le pupille aucune déchéance ou prescription, résultant de ce que le délai imparti au mineur pour l'exercice de son droit contre son tuteur a pris fin pendant le cours de la tutelle. Cpr. *supra*, n. 189.

(1) Demolombe, VII, n. 770 s. ; Aubry et Rau, I, § 116, texte et note 6 ; Beudant *loc. cit.* — Dans le même sens, mais pour la subrogation légale seulement, les auteurs cités à la note suivante.

(2) Toullier, II, n. 1232, 1234 ; Duranton, III, n. 601 s. ; Magnin, I, n. 663.

(3) D'ailleurs, l'art. 450 serait applicable, si, au fond, l'opération qualifiée de subrogation constituait une cession véritable. — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, VII, n. 774 ; Laurent, XXIV, n. 53. — Cpr. Marcadé, II, n. 247.

SECTION XVI

DES COMPTES DE LA TUTELLE

625. Nous traiterons successivement : 1° des comptes de tutelle en général; 2° des traités relatifs à la gestion tutélaire; 3° de la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

I. *Des comptes de tutelle en général.*

626. L'événement qui donne lieu à la reddition du compte de tutelle est la cessation de la tutelle. « *Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit* », dit l'art. 469. Il ne peut donc y avoir lieu à reddition du compte de tutelle tant que la tutelle dure (1).

627. La cessation de la tutelle, qui donne lieu à la reddition du compte de tutelle, peut se produire d'une manière *absolue* ou d'une manière *relative*.

a. La tutelle prend fin *d'une manière absolue*, quand elle cesse par rapport au mineur, *ex parte pupilli*, auquel cas elle prend fin aussi par voie de conséquence quant au tuteur.

Quatre événements peuvent produire ce résultat : la majorité du mineur (2), sa mort, son émancipation (3) et la restitution de la puissance paternelle, lorsque la tutelle a été organisée à la suite de la déchéance de la puissance paternelle. Dans le premier cas, le compte de tutelle sera rendu à l'ex-mineur lui-même, dans le second à ses héritiers, dans le troisième au mineur émancipé assisté de son curateur (art. 480), dans le quatrième au père administrateur légal.

b. La tutelle prend fin *d'une manière relative*, quand elle cesse par rapport au tuteur, *ex parte tutoris*, sans cesser par rapport au mineur. Il y a alors vacance plutôt que cessation de la tutelle, car un nouveau tuteur va remplacer l'ancien.

(1) Alger, 12 mai 1880. *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 577. — V. cependant art. 420 (*supra*, n. 504).

(2) V. sur ce point Bourges, 7 janv. 1903, D., 05. 2. 23.

(3) L'émancipation est revoquée, le mineur est replacé en tutelle.

Les événements qui mettent fin à la tutelle *ex parte tutoris*, sont :

1° La mort du tuteur.

2° L'excuse du tuteur, agréée par le conseil de famille. Le tuteur peut-il se démettre de ses fonctions? En principe, il faut répondre négativement. Cependant l'on admet sans difficulté que le conseil de famille peut accepter la démission du tuteur, lorsque celui-ci ne l'a offerte que pour échapper à une destitution imminente. En effet, le tuteur peut adhérer à la délibération qui le destitue. Sa démission constitue une adhésion anticipée à la décision du conseil de famille (1).

3° Divers événements qui peuvent mettre le tuteur dans l'impossibilité *de fait* ou *de droit* de gérer la tutelle. — Dans l'impossibilité *de fait :* par exemple au cas d'absence ou d'aliénation mentale. — Dans l'impossibilité *de droit :* par exemple si le tuteur est destitué, ou s'il subit la déchéance de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889 (v. l'art. 13 de la loi), ou s'il est interdit, ou frappé de la dégradation civique (C. pén., art. 34). V. aussi art. 42 C. pén.

628. Quand la tutelle prend fin *ex parte tutoris,* le compte de tutelle est rendu, tantôt par le tuteur lui-même, par exemple au cas d'excuse, tantôt par ses représentants, comme il arrive au cas de mort ou d'interdiction du tuteur. Le compte est rendu au nouveau tuteur (2), sans qu'il ait besoin, à notre avis, d'être assisté du subrogé tuteur (3). Si la tutelle a pris fin *ex parte pupilli,* c'est au mineur lui-même ou à ses représentants que le compte doit être rendu. Le mineur doit être assisté de son curateur, si c'est par l'émancipation qu'il est sorti de la tutelle (art. 480).

629. L'obligation de rendre compte est imposée à « tout tuteur » (art. 469), par conséquent même au père ou à la

(1) Cass., 17 fév. 1835, S., 35. 1. 81. — Cass., 2 août 1876, D., 77. 1. 61, S., 77. 1. 255. — Trib. de Senlis, 28 fév. 1894, S., 94. 2. 218. — Limoges, 17 mars 1896, S., 98. 2. 62.

(2) Cpr. Besançon, 27 nov. 1862, D., 62. 2. 214. — Paris, 31 mars 1876, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 617.

(3) Laurent, V, n. 131 ; Aubry et Rau, I, § 121, note 2. — *Contra* Toullier, II, n. 1246; Duranton, III, n. 615; Proudhon, II, p. 408 et 409; Demolombe, VIII, n. 56.

mère. On ne conçoit pas une administration sans reddition de compte.

Cette obligation est tellement essentielle que le tuteur ne pourrait dans aucun cas en être valablement dispensé (arg. art. 6[illegible]), non seulement par celui ou ceux qui l'ont nommé, mais aussi par la personne qui a fait au mineur une donation ou un legs [1].

630. Le compte de tutelle peut être rendu *à l'amiable* ou *en justice*. — *A l'amiable*, lorsque les parties sont d'accord; aucune forme particulière n'est alors prescrite, même lorsque le compte est rendu par l'ancien tuteur au nouveau [2]. *En justice*, dans le cas contraire; il y a lieu de procéder alors suivant les formes réglées par les art. 527 et suivants du code de procédure civile.

Un compte de tutelle ayant été rendu à l'amiable, des difficultés peuvent survenir relativement à son exécution; elles seront jugées suivant les règles du droit commun. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 473, dont la disposition paraît assez peu utile : « *Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile* ».

631. Aux termes de l'art. 471 : « *Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais. — On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile* ».

— *Le compte* DÉFINITIF. La loi désigne sous ce nom le compte qui est rendu lorsque la tutelle a cessé d'une manière définitive, c'est-à-dire non seulement quant au tuteur, mais aussi quant au mineur. Nous appellerons *comptes intermédiaires* les comptes auxquels peut donner lieu la cessation de la tutelle quant au tuteur seulement, ou autrement dit le changement de tuteur. La règle formulée par l'art. 471 pour

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 230, note 4; Laurent, V, n. 124; Chardon, op. cit., n. 363; Demolombe, VIII, n. 39; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 16. — *Contra* Zachariæ, I, § 231, p. 458. — Cpr. Douai, 9 juil. 1855, D., 56. 2. 79.

(2) Demolombe, VIII, n. 55 et 56; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 230, note 6; Laurent, V, n. 131; Aubry et Rau, I, § 121, note 3. — *Contra* Toullier, II, n. 1250.

le compte définitif s'applique en principe aux comptes intermédiaires, motivés par le changement de tuteur. Toutefois, les frais du compte auquel donne lieu la destitution du tuteur pourraient être mis à la charge de ce dernier, car c'est par sa faute que ces frais sont occasionnés [1].

= *Lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation.* Si la tutelle a pris fin par la mort du mineur, les frais seront à la charge de sa succession.

= *Le tuteur en avancera les frais;* parce qu'il a entre les mains tous les fonds du mineur. Les frais dont parle la loi sont ceux auxquels donne lieu la reddition du compte de tutelle, principalement les frais de timbre, d'enregistrement, de réunion et de classement des pièces; mais non les frais des contestations auxquelles la reddition du compte peut donner lieu. Ces derniers seraient supportés par le plaideur téméraire, sauf compensation, s'il y a lieu, conformément aux art. **130** et **131** C. pr. [2].

632. Dans le compte de tutelle comme dans tout autre, il y a le chapitre des recettes et le chapitre des dépenses.

Le chapitre des recettes doit comprendre tout l'avoir du mineur, notamment l'actif constaté par l'inventaire, les capitaux remboursés pendant le cours de la tutelle, les fruits et revenus des biens du mineur, les intérêts dont le tuteur se trouve débiteur envers lui par application des art. 455 et 456.

Au chapitre des dépenses devront figurer toutes les sommes que le tuteur a dépensées pour le compte du mineur, soit pour les frais de son entretien ou de son éducation, soit en achat d'immeubles ou de valeurs, soit à tout autre titre.

La loi dit qu'on *allouera* au tuteur (c'est-à-dire qu'on lui passera en compte) « toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile ».

= *Toutes dépenses suffisamment justifiées.* Le projet exigeait une justification par pièces. C'était demander dans bien des cas l'impossible : il y a beaucoup de dépenses pour lesquelles le tuteur manquera nécessairement de pièces justificatives.

[1] Demolombe, VIII, n. 193; Laurent, V, n. 137; Aubry et Rau, I, § 121, note 11 *bis*.

[2] Caen, 22 mars 1860, S., 60, 2, 610, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 87.

Aussi notre article exige-t-il que le tuteur justifie les dépenses, sans dire comment. Il pourra être admis à faire cette justification par témoins, même au-dessus de 150 francs, contrairement aux règles du droit commun (art. 1341 et s.), qui ne reçoivent pas ici leur application. Il y a même de petites dépenses pour lesquelles il faudra, par la force même des choses, s'en rapporter à la déclaration du tuteur. En cas de contestation, les tribunaux apprécieront [1].

= *Et dont l'objet sera utile.* Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut se placer au moment où elle a été faite, sans tenir compte des événements ultérieurs qui ont pu en faire disparaître l'utilité; car au moment où le tuteur l'a faite, il ne pouvait pas prévoir l'avenir. Ainsi le tuteur a fait des réparations urgentes aux bâtiments d'une métairie; plus tard, le feu a détruit ces bâtiments, et cet événement a rendu la dépense inutile; elle n'en devra pas moins être allouée au tuteur.

633. Quand on connaît la somme totale des recettes et celle des dépenses, il est facile d'établir le *reliquat* du compte. Le reliquat est la somme nécessaire pour rétablir l'équilibre entre les recettes et les dépenses. Ainsi les recettes sont de 20.000 fr. et les dépenses de 15.000 fr.; il y a un reliquat de 5.000 fr. *à la charge* du tuteur, qui a touché 5.000 fr. de plus qu'il n'a dépensé. Il y aurait au contraire un reliquat de 5.000 fr. *au profit* du tuteur, si le chiffre des dépenses s'élevait à 20.000 fr. et celui des recettes à 15.000 fr. On appelle cela faire la *balance* du compte, parce que les recettes étant censées mises dans l'un des plateaux d'une balance et les dépenses de l'autre, on ajoute du côté qui pèse le moins un poids suffisant pour établir l'équilibre, pour faire *balance*. Ce poids constitue le *reliquat*, qui, on le conçoit, est à la charge du tuteur ou à son profit, suivant qu'il a fallu mettre le poids complémentaire dans le plateau des dépenses ou dans celui des recettes.

Il existe deux différences entre le cas où le reliquat du

[1] Arg. art. 471, al. 2. — Demolombe, VIII, n. 116; Laurent, V, n. 135. — Cass., 15 janv. 1880, S., 81. 1. 28. *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 590. — Cpr. Cass., 27 août 1877, S., 78. 1. 77, D., 78. 1. 152.

compte de tutelle est à la charge du tuteur et celui où il existe à son profit.

1° Le mineur a hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour le paiement du reliquat que le compte met à la charge de celui-ci. Au contraire, la loi n'accorde au tuteur aucune garantie particulière pour le paiement du reliquat qui lui est dû par le mineur.

2° « *La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le » tuteur portera intérêt, sans demande, à compter de la clô- » ture du compte. — Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur » par le mineur ne courront que du jour de la sommation de » payer qui aura suivi la clôture du compte* » (art. 474).

Dans l'intérêt du mineur, l'art. 474 déroge au droit commun en ce qui concerne le cours des intérêts (art. 1153, mod. par la loi du 7 avril 1900). Le reliquat dû par le tuteur au mineur porte intérêt de plein droit du jour de la clôture du compte (1).

On a considéré que l'ex-mineur est dans l'impossibilité morale d'agir par les voies rigoureuses (demande en justice ou même simple sommation) contre son ancien tuteur, qui est souvent son proche parent, toujours son bienfaiteur, puisqu'il a géré gratuitement ses intérêts (2). — Au contraire, les intérêts du reliquat dû au tuteur par le mineur ne courent, d'après la partie finale de notre article, qu'à compter de la sommation de payer. C'est le droit commun d'après le nouvel art. 1153.

II. *Des traités relatifs à la gestion tutélaire.*

634. La loi ne permet au mineur devenu majeur, qu'elle protège ainsi même au delà de sa majorité, de traiter avec

(1) V. cep. art. 542 C. pr. — Cpr. Douai, 19 juin 1835, S., 35. 2. 369. — Mais il est clair que cette règle de faveur ne peut pas se retourner contre le mineur. Si donc le tuteur était débiteur de son pupille, en vertu d'une cause indépendante de la tutelle, d'une dette productive d'intérêts, il ne pourrait pas invoquer l'art. 474 pour retarder le cours des intérêts. — Cass., 13 juin 1881, S., 82. 1. 220, D., 82. 1. 471.

(2) Mais les intérêts dus par le tuteur ne sont pas eux-mêmes productifs d'intérêts. On applique, à cet égard, les règles du droit commun (art. 1154). Demolombe, VIII, n. 133; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 15. — Douai, 5 avril 1865, S., 66. 2. 301, et la note, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 339.

son tuteur relativement à la gestion de celui-ci, que lorsqu'elle le considère comme suffisamment éclairé sur les faits constitutifs de cette gestion : « *Tout traité qui pourra inter-* » *venir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul,* » *s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et* » *de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un* » *récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le* » *traité* » (art. 472).

L'*oyant-compte* ou *oyant* est celui qui reçoit le compte, ici le mineur. La personne qui rend le compte, le tuteur dans notre espèce, porte le nom de *rendant*. Cpr. art. 529, 531 et s. C. pr.

Quatre conditions sont requises, d'après notre article, pour que le ci-devant mineur puisse valablement faire avec son ex-tuteur un traité relatif à la gestion de celui-ci. Il faut :

1° Que le tuteur ait rendu à son ancien pupille « un compte détaillé », c'est-à-dire un compte dans lequel les recettes et les dépenses soient indiquées article par article. Cette première condition ne serait pas remplie, si le tuteur avait présenté un compte ainsi établi : recettes, 80.000 fr. ; dépenses, 75.000 fr. ; reliquat à la charge du tuteur, 5.000 fr.

2° Que le tuteur ait remis à son ancien pupille les pièces justificatives du compte de tutelle.

3° Que la remise du compte et des pièces justificatives soit constatée par un récépissé de l'oyant-compte.

4° Qu'il se soit écoulé un délai de dix jours francs au moins depuis la date du récépissé [1].

Pour éviter tout soupçon d'antidate, il est prudent de faire enregistrer le récépissé s'il est sous seing privé. Toutefois, la loi n'exige pas l'accomplissement de cette formalité, et, si elle avait été omise, la date de l'acte ne devrait pas par cela seul être considérée comme fausse ; car les actes sous seing privé font par eux-mêmes foi de leur date *entre les parties*. Sauf au mineur, qui alléguerait une antidate, à en faire la

[1] Laurent, V, n. 151. Aubry et Rau, I, § 121, note 28. — Bordeaux, 29 juil. 1857, S., 57, 2, 681. *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 612.

preuve par tous les moyens possibles : c'est le droit commun, toutes les fois qu'il s'agit d'une fraude à la loi [1].

Le récépissé exigé par l'art. 472 ne pourrait pas être suppléé par la déclaration, contenue dans le traité, que le mineur a reçu son compte et les pièces justificatives dix jours auparavant. La loi exige positivement un récépissé et l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date de ce récépissé [2].

Lorsque les conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent remplies, la loi suppose que le ci-devant mineur est suffisamment éclairé sur les faits relatifs à la gestion tutélaire, et elle l'autorise, en conséquence, à traiter avec son tuteur relativement à cette gestion [3]. Au contraire, en l'absence d'une ou de plusieurs de ces conditions, la loi, présumant que le mineur ne pourrait traiter qu'en aveugle, relativement à une gestion qu'il ne connaît pas encore, et craignant que le tuteur n'exploite cette situation à son profit, annule tout traité relatif à la gestion tutélaire, que le mineur passerait avec son ancien tuteur.

Telle était bien la pensée de Brodeau, quand il comparait le tuteur, qui voudrait traiter avec son ancien pupille avant de lui avoir fourni son compte et les pièces justificatives, à « certains oiseaux de proie qui crèvent les yeux aux autres pour les mieux dévorer ». Le mineur devenu majeur avait ici d'autant plus besoin de protection que, jusqu'à ce qu'il ait été mis par son tuteur à la tête de ses affaires, il est sous la domination de celui-ci, et on pouvait craindre que, pressé de jouir, il ne consentît, pour obtenir la remise immédiate de ses biens, à tout ce qu'aurait exigé de lui son ancien tuteur.

635. Il résulte évidemment des motifs sur lesquels est fondé l'art. 472, que sa disposition vise seulement les traités

(1) Demolombe, VIII, n. 60; Laurent, V, n. 151; Aubry et Rau, I, § 121, texte et notes 29 et 30. — Bordeaux, 29 juil. 1857, *supra*.

(2) Laurent, V, n. 151; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 27. — Cpr. Demolombe, VIII, n. 61.

(3) Il est clair d'ailleurs que, si le traité est entaché de dol ou de violence, le mineur devenu majeur pourra en provoquer l'annulation dans les termes du droit commun. — Pau, 12 nov. 1879, S., 81. 2. 31, D., 80. 2. 220. — Demolombe, VIII, n. 165; Aubry et Rau, I, § 121, p. 763; Huc, III, n. 459.

relatifs à la gestion du tuteur [1]. Quel besoin le ci-devant mineur a-t-il, en effet, d'être exactement renseigné sur la gestion de son tuteur, pour faire avec celui-ci un traité étranger à cette gestion? Cette induction est confirmée par l'art. 2045, qui contient, en matière de transaction, une application particulière du principe posé par l'art. 472 : « Il [le tuteur] » ne peut transiger avec le mineur devenu majeur *sur le* » *compte de tutelle*, que conformément à l'art. 472... ». On le voit : ce n'est pas toute transaction entre le tuteur et le mineur devenu majeur que la loi soumet à l'application de l'art. 472, mais seulement la transaction *sur le compte de tutelle*, par conséquent la transaction relative à l'administration du tuteur ; car le compte de tutelle n'est pas autre chose que le *compte-rendu* de cette administration. Enfin le mot, assez peu usité dans la langue du droit civil, de *traité*, qu'emploie l'art. 472, semble bien indiquer que le législateur n'a pas en vue toute convention entre le tuteur et le mineur devenu majeur, mais seulement une convention d'une nature particulière, celle relative à la gestion tutélaire. Ainsi l'art. 472 doit être appliqué non seulement aux actes par lesquels l'ex-pupille donne à son ancien tuteur décharge de son administration ; mais aussi à la mainlevée que le mineur aurait donnée de son hypothèque légale [2], à moins que cette mainlevée n'ait été consentie que dans l'intérêt d'un tiers. Il faudra également déclarer nulle la cession que le mineur aurait faite en faveur de son tuteur de tout ou partie des biens soumis à son administration, à moins que cette cession, ayant

[1] Duranton, III, n. 638 ; Laurent, V, n. 150 et 155 ; Demolombe, VIII, n. 71 s. ; Aubry et Rau, I, § 121, p. 758 et 759 ; Beudant, II, n. 893 ; Planiol, I, n. 1979 ; Surville, I, n. 467. — Cass., 16 mai 1831, S., 31. 1. 201. — Cass., 10 avril 1849, S., 49. 1. 406. — Nîmes, 23 juin 1851, S., 51. 2. 507. — Bourges, 20 fév. 1852, S., 52. 2. 645, D., 54. 2. 111. — Caen, 10 mars 1857, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 608, S., 58. 2. 413. — Cass., 4 fév. 1879, S., 79. 1. 161, D., 79. 1. 86. — Bordeaux, 25 juil. 1879, S., 80. 2. 286, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 608. — Cass., 21 janv. 1889, D., 89. 1. 421, S., 91. 1. 76. — Cpr. Cass., 27 déc. 1880, D., 81. 1. 360.

[2] Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 20 ; Beudant, II, n. 893. — Dijon, 26 mars 1846, S., 46. 2. 422. — Cass., 1er juin 1847, S., 47. 1. 504, D., 47. 1. 204. — Cass., 12 juil. 1847, S., 47. 1. 506, D., 47. 1. 314. — Montpellier, 20 mars 1852, D., 55. 2. 88, S., 54. 2. 38. — Riom, 9 janv. 1860, S., 60. 2. 612, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 613. — Cpr. Demolombe, VIII, n. 65 ; Laurent, V, n. 159.

pour objet ces biens envisagés individuellement, ne puisse pas avoir pour conséquence d'affranchir le tuteur de son obligation de rendre compte [1]. Il en sera de même d'un partage de biens indivis entre le tuteur et le mineur [2].

Il faut donc rejeter l'opinion, assez peu suivie d'ailleurs, d'après laquelle les mots « Tout traité » de l'art. 472 désigneraient toute convention, quelle qu'elle soit, même étrangère à la gestion tutélaire, telle qu'une vente, un échange, qui serait conclue entre le tuteur et son ancien pupille, en dehors des conditions requises par l'art. 472.

636. La sanction de l'art. 472 est sévère. Elle consiste dans la nullité du traité fait en violation des prescriptions légales. Cette nullité est basée, comme on l'a vu, sur une présomption de fraude ; et comme la preuve contraire n'est pas admise contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité d'un acte (art. 1352), il en résulte que le tuteur allèguerait inutilement sa bonne foi, et offrirait tout aussi vainement de prouver qu'il avait exactement renseigné son pupille sur sa gestion avant de traiter avec lui [3].

637. Mais la nullité n'ayant été établie que dans l'intérêt du mineur, elle ne peut être invoquée que par le mineur, ou par ses représentants [4]. Les créanciers du mineur seront également admis à s'en prévaloir, car il ne s'agit pas ici d'un de ces droits exclusivement attachés à la personne, dont parle l'art. 1166 [5]. Quant au tuteur, il est incontestable qu'il ne peut pas demander l'annulation du traité conclu par lui avec son ancien pupille, en se fondant sur la disposition de l'art. 472 [6].

(1) Demolombe, VIII, n. 67 ; Aubry et Rau, I, § 121, texte et notes 18 et 19 ; Laurent, V, n. 157 et 158. — Cass., 1er juin 1847, *supra*. — Cass., 5 juin 1850, S., 50. 1. 714. — Montpellier, 18 mars 1868, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 603.

(2) Paris, 8 mars 1867, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 603. — Cpr. Amiens, 15 nov. 1904, D., 05. 2. 55.

(3) Cass., 5 juin 1850, *supra*.

(4) Nîmes, 7 fév. 1852, D., 55. 5. 457. — Bordeaux, 23 juil. 1879, S., 80. 2. 286, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 608.

(5) Douai, 24 mai 1854, D., 55. 2. 51. — V. cep. Paris, 15 déc. 1830, S., 31. 2. 83, *J. G.*, v° *Privil. et hypoth.*, n. 1235.

(6) Bordeaux, 23 juil. 1879, *supra*. — Cass., 6 août 1888, D., 89. 1. 339, S., 89. 1. 71.

638. La nullité dont il s'agit est donc une nullité relative. A ce titre, elle semble devoir être soumise aux règles du droit commun qui gouvernent les nullités de cette espèce. Elle serait donc susceptible de se couvrir par une ratification expresse ou tacite du mineur devenu majeur, et par la prescription de dix ans de l'art. **1304**, qui doit être envisagée comme un cas particulier de ratification tacite ([1]). Observons toutefois que la confirmation ou ratification, soit expresse, soit tacite, ne devrait être considérée comme efficace qu'autant qu'au moment où elle est survenue, les conditions exigées par l'art. **472** pour la validité du traité se trouveraient remplies ; autrement la confirmation ou ratification serait entachée du même vice que le traité, et inefficace comme lui ([2]). Ce principe nous semblerait devoir être appliqué même à la ratification tacite résultant de la prescription de dix ans, en ce sens qu'on devrait lui donner pour point de départ le jour où les conditions prescrites par l'art. **472** ont été remplies. Telle n'est pas cependant l'opinion généralement admise. Suivant les uns, la prescription court à dater de la majorité du pupille (arg. art. **475**) ([3]). Suivant les autres, la prescription aurait pour point de départ le jour où a été conclu le traité (arg. art. **1304**) ([4]).

([1]) V. cependant Cass., 15 fév. 1882, D., 83. 1. 111. — Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 35. D'après ces auteurs, la prescription se fait par 30 ans, mais toutefois, si l'action en nullité n'est intentée qu'après l'expiration d'un délai de 10 ans à compter de la majorité du ci-devant pupille, ce dernier, ne pouvant plus demander la reddition d'un compte régulier (art. 475), se trouve, par suite, sans intérêt à invoquer la nullité, à moins qu'il ne veuille se faire décharger d'un reliquat dont il est débiteur en vertu du traité attaqué, ou se faire restituer des biens par lui cédés irrégulièrement à son ancien tuteur.

([2]) Demolombe, VIII, n. 94 ; Laurent, V, n. 165 ; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 34. — Cass., 5 juin 1850, S., 50. 1. 714. — Paris, 31 mars 1876, *J. G., Suppl.*, v° *Minorité*, n. 617. — Cass., 21 janv. 1889, S., 91. 1. 76, D., 89. 1. 421. — Cass., 23 janv. 1894, S., 95. 1. 19.

([3]) Troplong, *De la transact.*, II, n. 1087 ; de Fréminville, II, n. 1119 ; Chardon, *op. cit.*, n. 522 et 523 ; Demolombe, VIII, n. 168. — Cass., 26 juil. 1819, S., 20. 1. 43, *J. G.*, v° *cit.*, n. 668. — Cass., 14 nov. 1820, S., 21. 1. 370, *J. G.*, *ibid.* — Douai, 26 nov. 1841, S., 43. 2. 453. — Cpr. Cass., 5 juin 1850 et 15 fév. 1882, *supra*.

([4]) Toullier, II, n. 1278 ; Planiol, I, n. 1979. — Limoges, 21 mai 1840, S., 40. 2. 483. — Si l'on accepte cette manière de voir, il faudra déclarer l'action en nullité irrecevable pour défaut d'intérêt, si la prescription de l'art. 475 est accomplie. — Cpr. Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 230, note 17 ; Demolombe, VIII, n. 169 ;

639. Plus rigoureuse est la sanction contenue dans l'art. 472, et plus il importe de ne pas l'étendre en dehors des termes de la loi. De là on doit conclure :

1° Que la nullité édictée par l'art. 472 n'atteindrait pas un traité passé entre un mineur émancipé, assisté de son curateur, et son ancien tuteur. Nous reviendrons sur ce point.

2° Qu'il n'y aurait pas lieu d'annuler, par application de l'art. 472, le traité intervenu entre le tuteur et les héritiers du mineur ; ceux-ci sont à l'abri de toute influence abusive de la part du tuteur (1). La même solution semble devoir être admise, mais ce point est plus douteux, relativement au traité intervenu entre le mineur devenu majeur et les héritiers du tuteur (2).

3° Que l'art. 472 demeurerait sans application au traité conclu entre le père administrateur légal et son enfant (*supra*, n. 190).

III. *De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.*

640. « *Toute action du mineur contre son tuteur, relative-* » *ment aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à* » *compter de la majorité* ». Ainsi s'exprime l'art. 475.

L'action dont parle cet article est celle que les Romains appelaient *actio tutelæ directa*. Exemple : Un mineur devenu majeur veut intenter contre son tuteur une action en reddition de son compte de tutelle ; ou bien, le compte de tutelle lui ayant été rendu, il soutient que le tuteur a omis d'y faire figurer une certaine somme qu'il a touchée *tutorio nomine* pendant le cours de la tutelle, et il en demande la restitution. Ce sont là des actions relatives *aux faits de la tutelle*,

Aubry et Rau, I, § 121, note 35. — Cass., 15 fév. 1882, *supra*. V. aussi la note 1 de la p. 660.

(1) Demolombe, VIII, n. 78 ; Laurent, V, n. 153 ; Aubry et Rau, I, § 121, p. 760 ; Beudant, II, n. 893 ; Planiol, I, n. 1980 ; Surville, I, n. 467. — Cass., 9 juil. 1866, S., 66. 1. 381, D., 66. 1. 385. — Paris, 28 mars 1874, S., 75. 1. 117, D., 76. 1. 217.

(2) Laurent, V, n. 153 ; Huc, III, n. 458 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Beudant, *loc. cit.* — Cass., 19 mai 1863, S., 63. 1. 305, D., 63. 1. 345. — Cpr. Magnin, *op. cit.*, I, n. 718. — Cass., 28 mai 1879, S., 79. 1. 415, D., 80. 1. 463. — *Contra* Demolombe, VIII, n. 86 et 87.

ou autrement dit *à la gestion du tuteur*, car elles impliquent l'examen de cette gestion. Elles ne seront recevables qu'autant qu'elles seront intentées dans le délai fixé par notre article; passé ce délai, le tuteur pourra opposer la prescription.

Pourquoi cette prescription spéciale, plus courte que celle du droit commun, qui est de trente ans (art. 2262)? Proudhon dit fort bien que la défense des tuteurs repose en grande partie, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface; que les pièces justificatives de leur gestion, souvent très nombreuses, consistant en simples notes, s'égarent ou se perdent facilement. Il fallait donc, au bout d'un temps relativement court, ne plus permettre au ci-devant mineur d'attaquer son tuteur par une action contre laquelle celui-ci ne pourrait plus que difficilement se défendre. Si on se place à ce point de vue, on trouvera peut-être trop long, plutôt que trop court, le délai assigné par la loi à la durée de l'action.

641. Notre article dit : « Toute action *se prescrit* ». C'est donc une prescription qu'il établit. Il y aurait lieu, par suite, d'appliquer les règles relatives à la suspension et à l'interruption de la prescription. V. art. 2242 s., 2251 s. (1).

642. D'un autre côté, l'art. 475, en tant qu'il limite à dix ans la durée de l'action de tutelle, constitue une exception au droit commun, d'après lequel les actions se prescrivent par trente ans (art. 2262). Sa disposition doit donc être interprétée restrictivement, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là nous conclurons :

1° Que la prescription spéciale de notre article ne s'appliquerait pas à l'action contraire de tutelle (*actio tutelæ contraria*), c'est-à-dire à l'action du tuteur contre le mineur à raison des faits de la tutelle. La loi dit : « Toute action *du mineur contre son tuteur* » : donc l'action du tuteur contre le mineur demeure soumise au droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans (art. 2262) (2).

(1) Cass. motifs, 5 déc. 1900, D., 01. 1. 213. — Ainsi, la prescription serait suspendue au profit des héritiers mineurs ou interdits du pupille, ou de l'ex-pupille lui-même s'il est interdit. Laurent, V, n. 183.

(2) Valette sur Proudhon, II, p. 420, 421, obs. I; Duranton, III, n. 647; Duver-

2° Que ceux qui ont géré en fait une tutelle, sans être tuteurs de droit (art. 395, 419 et 440), ne peuvent pas invoquer la prescription spéciale de notre article. Le texte porte : « Toute action du mineur contre son tuteur » ; or celui qui gère une tutelle sans avoir le titre légal de tuteur n'est pas un tuteur (1).

3° Que la prescription de dix ans établie par notre article ne s'appliquerait pas aux actions du mineur contre son tuteur, qui seraient étrangères à la gestion de celui-ci (2) ; la loi ne parle que des actions relatives *aux faits de la tutelle*, c'est-à-dire à la gestion du tuteur. Ainsi l'action tendant à obtenir la restitution des biens meubles ou immeubles du mineur, dont le tuteur a eu l'administration, l'action en partage de biens indivis entre le tuteur et le pupille (3), celle que le ci-devant mineur a contre son ancien tuteur, à raison d'une créance née postérieurement à la cessation de la tutelle, seraient soumises à la prescription du droit commun et non à celle de notre article. Il en serait de même de l'action par laquelle le mineur réclamerait le paiement du reliquat de son compte de tutelle (4) ; l'action prend ici sa source, non dans les faits de la tutelle, immédiatement du moins, mais dans l'arrêté de compte. De même aussi, l'action en nullité, pour cause de dol ou de violence, d'un traité conclu contrairement aux dispositions de l'art. 472, se prescrirait par dix

gier sur Toullier, II, n. 1279, note 9; Marcadé, II, n. 284; Demante, II, n. 239 *bis*. V; Zachariæ, I, § 230, note 15; Demolombe, VIII, n. 175 et 176; Laurent, V, n. 184; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 50. — Lyon, 11 janv. 1862, S., 62. 2. 305, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 635. — Bordeaux, 29 août 1882, S., 82. 2. 32. — Nîmes, 18 nov. 1892, D., 93. 2. 150. — *Contra* Toullier, II, n. 1279; Proudhon, II, p. 419; Magnin, I, n. 738; de Fréminville, II, n. 1122. — Montpellier, 10 avril 1847, S., 62. 2. 365, en note. — Paris, 14 juil. 1864, S., 65. 2. 252, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 635.

(1) Laurent, V, n. 185; Huc, III, n. 464. — V. cep. Cass., 3 juil. 1877, D., 78. 1. 56.

(2) Duranton, III, n. 643; Demolombe, VIII, n. 170 s.; Laurent, V, n. 186; Huc, III, n. 464; Aubry et Rau, I, § 121, texte et notes 43 s. — Cass., 31 mars 1845, S., 46. 1. 545, D., 45. 1. 187. — Lyon, 23 nov. 1850, D., 51. 2. 241. — Cass., 16 avril 1851, S., 51. 1. 526, D., 51. 1. 128. — Angers, 10 déc. 1851, S., 52. 2. 678. — Bourges, 31 déc. 1862, S., 67. 1. 57, D., 66. 1. 337.

(3) Caen, 18 déc. 1859, S., 60. 2. 615, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 627.

(4) Duranton, III, n. 643; Demolombe, VIII, n. 158 et 159; Laurent, V, n. 187; Huc, III, n. 464; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 49.

ans à dater de la découverte du dol ou de la cessation de la violence, conformément au droit commun; et, pour établir l'importance du préjudice par lui souffert, le mineur pourrait, au besoin, exiger la production d'un compte régulier, alors même que la prescription de l'art. 475 serait accomplie. Le tuteur est poursuivi, en effet, non à raison d'un fait de la tutelle, mais à raison d'un fait postérieur. Et d'autre part, la reddition du compte constitue, non pas le but de l'action, mais un simple moyen d'instruction (1).

Que décider relativement aux actions en redressement du compte de tutelle? Il paraît convenable de distinguer, avec la majorité des auteurs (2), s'il s'agit de la simple rectification d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le compte, une erreur de chiffres par exemple, qui peut être réparée avec les seuls éléments que fournit le compte lui-même et sans qu'il soit nécessaire de discuter aucun fait de gestion tutélaire, ou s'il s'agit d'une rectification qui suppose un nouvel examen total ou partiel de la gestion tutélaire, comme si, par exemple, le mineur prétend que le tuteur a omis de porter une certaine somme en recette. Dans le premier cas, on appliquerait la prescription du droit commun. Dans le dernier cas seulement, l'action serait relative aux faits de la tutelle, prescriptible par conséquent par dix ans, conformément à l'art. 475 (3); si cependant les inexactitudes relevées dans le compte sont le résultat d'un dol commis par le tuteur, la prescription ne commencerait à courir que du jour de la découverte du dol (arg. art. 1304) (4).

(1) Duvergier sur Toullier, II, n. 1278, note 1; Demolombe, VIII, n. 165; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 37. — Cass., 10 fév. 1820, S., 30. 1. 97, *J. G.*, v° *cit.*, n. 66. — Toulouse, 7 mars 1855, S., 55. 2. 257, D., 56. 2. 110. — Cass., 23 déc. 1856, S., 57. 1. 845, D., 57. 1. 105.

(2) Demolombe, VIII, n. 160 s.; Laurent, V, n. 190; Aubry et Rau, I, § 121, texte et notes 41 et 42.

(3) On a dit cependant que la prescription se fait alors par dix ans depuis le jour où l'erreur a été découverte, conformément à l'art. 1304 (Magnin, I, n. 737; de Frémainville, II, n. 1122; Huc, III, n. 462. — Paris, 10 août 1864, S., 64. 2. 286, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 621); ou par trente ans à dater de la majorité du pupille (Lyon, 21 janv. 1854, S., 55. 2. 369, *J. G.*, *Suppl.*, *loc. cit.*); ou même par trente ans à partir de la reddition du compte de tutelle (Toullier, II, n. 1277; Duranton, III, n. 643; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 678).

(4) Cpr. Laurent, V, n. 190.

643. Le délai de dix ans de l'art. 475 commence toujours à courir du jour de la mort ou de la majorité du mineur [1], quelle que soit la cause qui entraîne la cessation de la tutelle, même si la tutelle a pris fin *ex parte tutoris*. Il ne commence pas à courir du jour de l'émancipation [2].

SECTION XVII

DE LA TUTELLE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

644. Nous avons précédemment indiqué (*supra*, n. 304), les diverses catégories de mineurs en vue desquels cette sorte de tutelle a été instituée par la loi. Nous dirons quelques mots seulement de la tutelle de l'assistance publique. De plus longs développements seront consacrés à l'étude de la tutelle des enfants naturels, réglementée par la loi du 2 juillet 1907.

§ I. *De la tutelle de l'assistance publique.*

645. La loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811 plaçaient les enfants admis dans les hospices, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce fût, sous la tutelle des commissions administratives de ces maisons. Ces dispositions législatives, ainsi que la loi du 5 mai 1869, qui visait plus spécialement la partie financière du service des enfants assistés, ont été abrogées par la loi du 27 juin 1904, modifiée elle-même sur certains points par la loi du 22 avril 1905 et par celle du 18 décembre 1906. La loi du 27 juin 1904 est intitulée : *Loi sur le service des enfants assistés*. Nous étudierons seulement celles de ses prescriptions qui sont relatives à la tutelle des pupilles de l'assistance publique, laissant de côté celles qui se réfèrent aux enfants en garde, qui sont simplement placés sous la protection de l'autorité publique.

[1] Demolombe, VIII, n. 152; Laurent, V, n. 183; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 38. — Riom, 9 janv. 1860, S., 60, 2, 612, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 603.

[2] Duranton, III, n. 644; Demante, II, n. 239 *bis*, IV; Demolombe, VIII, n. 154; Laurent, V, n. 183; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 39.

646. Aux termes de l'art. 6 de la loi du 27 juin 1904 :

« *Est dit pupille de l'Assistance : 1° L'enfant qui, né de* » *père et mère inconnus, a été trouvé dans un lieu quelconque* » *ou porté dans un établissement dépositaire (enfant trouvé);* » *2° l'enfant qui, né de père ou de mère connus, en est délaissé* » *sans qu'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants* » *(enfant abandonné); 3° L'enfant qui, n'ayant ni père ni* » *mère, ni ascendants auxquels on puisse recourir, n'a aucun* » *moyen d'existence (orphelin pauvre); 4° L'enfant dont les* » *parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle,* » *en vertu du titre Ier de la loi du 24 juillet 1889 (enfant* » *maltraité, enfant délaissé ou moralement abandonné);* » *5° L'enfant admis dans le service des enfants assistés, en* » *vertu du titre II de la loi du 24 juillet 1889* ».

Les enfants qualifiés par la loi de pupilles de l'assistance publique et placés sous la tutelle de l'autorité publique peuvent être des enfants légitimes ou des enfants naturels reconnus ou non. L'assistance publique ne prend d'ailleurs la charge et la tutelle de ces enfants que lorsque la protection de ceux-ci ne peut être autrement organisée par application des art. 405 et suiv. du code civil sur la tutelle dative ou des titres I et II de la loi du 24 juillet 1889. Cela a été formellement déclaré au cours des travaux préparatoires [1].

647. Les fonctions de tuteur sont exercées : dans les départements, par le préfet ou par son délégué, l'inspecteur départemental; et, dans le département de la Seine par le directeur de l'administration générale de l'assistance publique (L. 27 juin 1904, art. 11). Le tuteur est assisté d'un conseil de famille, formé par une commission de sept membres élus par le conseil général et renouvelés tous les quatre ans. Le tuteur ou son délégué assiste aux séances du conseil; il est entendu quand il le demande (art. 12). Une opposition d'intérêts ne pouvant guère se concevoir entre un pupille de l'assistance publique et son tuteur, la loi du 27 juin 1904 (art. 13 modifié par L. 18 déc. 1906) décide qu'il n'est pas institué de subrogé tuteur.

[1] Chambre des députés, 1re séance du 16 juin 1904.

Les attributions du tuteur et du conseil de famille sont, en principe, celles qui sont déterminées par le code civil (art. 13 modifié par L. 18 déc. 1906). Cependant la gestion des deniers pupillaires est confiée au trésorier payeur général, et, dans le département de la Seine, au receveur de l'assistance publique de Paris (art. 15 modifié par L. 18 déc. 1906). Le même texte édicte des règles particulières pour le recouvrement des sommes dues aux pupilles à titre de rémunération de leur travail. L'art. 16 attribue au département, à titre d'indemnité des frais d'entretien, les revenus des biens et capitaux appartenant au pupille mineur de 18 ans, à l'exception de ceux qui proviennent de son travail et de ses économies. Les comptes de tutelle sont approuvés par le conseil de famille et rendus sans frais.

En principe, les pupilles doivent être placés chez des particuliers (V. sur ce point les art. 19 et s.). Quant aux enfants que leur indiscipline ou leurs défauts de caractère ne permettent pas de confier à des familles, ils sont placés dans une école professionnelle et peuvent même, s'ils donnent des sujets de mécontentement très graves, être remis à l'administration pénitentiaire. La loi du 28 juin 1904 confère à cet égard à l'assistance publique un droit de correction particulièrement rigoureux sur ses pupilles difficiles ou vicieux.

La tutelle de l'assistance publique peut cesser par la remise des enfants à leurs parents. Et, aux termes de l'art. 17 de la loi du 27 juin 1904, l'administration peut autoriser des remises d'essai durant lesquelles sa surveillance continuera à s'exercer pendant une année au moins, et qui deviendront définitives à l'expiration de ce délai.

§ II. *De la tutelle des enfants naturels* (1).

648. Le code civil, nous l'avons déjà vu, est resté muet en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels, et il résulte des travaux préparatoires que ce silence n'est pas le résultat d'un oubli. Les père et mère n'ayant pas l'adminis-

(1) Sur le droit comparé, v. Travers, *De la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels.*

tration légale des biens de leurs enfants naturels reconnus, et la puissance paternelle dont ils étaient investis par le code ne leur conférant de pouvoirs que sur la personne de ceux-ci, on en avait conclu que les enfants naturels étaient en tutelle dès le moment de leur naissance. A plus forte raison en était-il de même des enfants illégitimes dont la filiation était inconnue. En fait d'ailleurs, c'était seulement lorsque l'intérêt de l'enfant l'exigeait que l'on s'occupait d'organiser cette tutelle [1].

Si l'on était à peu près d'accord sur le principe, des controverses assez vives s'étaient élevées sur le point de savoir comment était organisée la tutelle des enfants naturels. La jurisprudence et les auteurs décidaient en général, en invoquant le silence gardé par le législateur, que les enfants naturels n'étaient point placés sous la tutelle légale de leurs père et mère, lorsque ceux-ci étaient légalement connus. *A fortiori*, il ne pouvait être question pour eux de la tutelle légale des ascendants, les enfants naturels n'ayant pas, aux yeux de la loi, d'ascendants en dehors de leurs père et mère. La tutelle légale des père et mère étant écartée, la tutelle testamentaire l'était également par une conséquence nécessaire. L'enfant naturel, reconnu ou non, ne pouvait donc avoir qu'un tuteur datif. Quand il y avait lieu d'organiser la tutelle d'un enfant illégitime, ceux qui s'intéressaient à son sort provoquaient la réunion d'un conseil de famille, qui était chargé de procéder à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur.

Notre législation civile présentait sur ce point une lacune évidente. Elle a été comblée par la loi du 2 juillet 1907, qui a ajouté à l'art. 389 les quatre alinéas suivants :

« *Celui des parents naturels qui exercera la puissance* « *paternelle n'administrera toutefois les biens de son enfant* « *mineur qu'en qualité de tuteur légal et sous le contrôle d'un* « *subrogé tuteur qu'il devra faire nommer dans les trois mois* « *de son entrée en fonctions ou qui sera nommé d'office, con-* « *formément aux dispositions du paragraphe suivant; il* « *n'aura droit à la jouissance légale qu'à partir de la nomi-*

[1] Req. Cass., 10 nov. 1896, D., 99. 1. 209, et la note de M. L. Michel, S., 97. 1. 371, et la note de M. Tissier.

» nation du subrogé tuteur, si elle n'a pas eu lieu dans le » délai ci-dessus fixé. — Les fonctions dévolues au conseil de » famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des » enfants naturels par le tribunal de première instance du lieu » du domicile légal du parent investi de la tutelle, au moment » où il a reconnu son enfant, et du tribunal (1) *du lieu de la » résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu; le tribunal sta- » tue en chambre du conseil, après avoir entendu ou appelé » le père et la mère de l'enfant, s'il a été reconnu, soit à la » requête de l'un d'eux, soit à la requête du ministère public, » soit d'office, sur toutes les questions relatives à l'organisation » ou à la surveillance de la tutelle desdits mineurs. — Sous » ces réserves, et à l'exception des articles 394 et 402 à 416, » toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la » tutelle des enfants naturels mineurs. — Sont applicables » aux actes et jugements nécessaires pour l'organisation et la » surveillance de la tutelle des enfants naturels, les disposi- » tions et dispenses de droits déterminées, en ce qui concerne » la tutelle des enfants légitimes et interdits, par l'art. 12, » § 2, de la loi de finances du 26 janvier 1892 ».*

649. D'une manière générale, les règles de la tutelle des enfants légitimes doivent être appliquées à celle des enfants naturels. Cependant, entre les situations respectives des deux catégories d'enfants, il existe des différences dont la loi a dû tenir compte. L'enfant naturel peut n'avoir ni père, ni mère légalement connu; il se peut qu'il ait été reconnu par un seul de ses deux auteurs. Si le père et la mère de l'enfant l'ont, tous les deux, reconnu, soit par le même acte, soit par deux actes séparés, la situation de cet enfant ne peut pas être assimilée à celle d'un enfant légitime dont les deux auteurs sont vivants. Le père et la mère naturels n'habitent pas toujours ensemble; quand ils mènent la vie commune, il n'y a entre eux qu'une union illicite et très souvent disproportionnée. Aussi la loi nouvelle, consacrant sur ce point la solution déjà admise par la doctrine et la jurisprudence, a-t-elle décidé que la puissance paternelle sur les enfants

(1) Il faut lire évidemment : *et par le tribunal.*

naturels n'est pas assortie du pouvoir d'administration légale. L'enfant naturel, reconnu ou non, est donc placé en tutelle dès le moment de sa naissance. D'autre part, l'enfant naturel n'ayant pas de parents en dehors de ses père et mère, on ne peut lui constituer un conseil de famille digne véritablement de ce nom. C'est pourquoi la loi du 2 juillet 1907 a organisé la tutelle des enfants naturels sur le type de la tutelle de l'autorité publique, et par là elle a réalisé un progrès remarquable sur la pratique antérieure. Elle a conféré à l'autorité judiciaire la haute tutelle sur les enfants naturels mineurs.

650. Le tuteur, chargé de représenter l'enfant naturel, peut être un tuteur légal, testamentaire ou datif.

651. Tutelle légale. — Sous l'empire du code civil, la question de savoir si l'enfant naturel reconnu était placé de plein droit sous la tutelle de son père ou de sa mère avait soulevé des controverses. La solution affirmative était admise par plusieurs auteurs (1) et un assez grand nombre de cours d'appel (2). Si l'enfant était reconnu par un seul de ses auteurs, la tutelle légale était attribuée à celui-ci. Au cas où, l'enfant ayant été reconnu par ses deux auteurs, ceux-ci étaient tous les deux vivants et capables, la tutelle légale appartenait au père de préférence à la mère. On fondait cette manière de voir, tout d'abord, sur l'esprit général de notre législation en matière de tutelle. Le législateur, disait-on, en organisant la tutelle, a voulu placer l'enfant sous l'autorité de ses protecteurs naturels. C'est le droit naturel qui a créé la tutelle des père et mère légitimes; la législation positive s'est bornée à la consacrer. En gardant le silence sur la tutelle des enfants naturels, les rédacteurs du code civil ont marqué leur inten-

(1) Dalloz, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 686; Loiseau, *Des enfants natur.*, p. 537; Mazuin, *Des minorités*, n. 502; Delvincourt, I, p. 107, note 1; Vazeilles, *Du mariage*, II, p. 214; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 82 s.; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 71.

(2) Citons, parmi les arrêts les plus récents : Poitiers, 1er août 1870, D., 71. 2. [illegible] — Alger, 17 mars 1875, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 638, S., 75. 2. [illegible] — Paris, 9 nov. 1893, D., 95. 2. 498, S., 01. 2. 105, en note. — Alger, 11 janv. [illegible] D., 02. 2. 176. — Cpr. Cass., ch. crim., 20 avril 1850, D., 50. 5. 217, [illegible] 1. 502, et 16 mars 1893, D., 94. 1. 199, S., 94. 1. 304. — Cass. req., 22 déc. [illegible] 1. 316.

tion de se référer aux préceptes du droit naturel pour l'organisation de cette tutelle. Pour exclure la tutelle des père et mère naturels, il ne suffit donc pas d'invoquer le silence de la loi; il faudrait un texte formel, qui n'existe pas. Bien plus, ajoutaient les partisans de ce système, il paraît résulter de certains textes (art. 159, 168, 183, 390 et 405 C. civ.) que le législateur a considéré les père et mère naturels comme investis de plein droit de la tutelle de leurs enfants naturels. Enfin, disait-on, cette solution est conforme à l'intérêt de l'enfant naturel, qui, en cette matière, doit être le guide suprême. Si l'on écarte la tutelle des père et mère, et par suite la tutelle testamentaire, il ne reste plus que la tutelle dative. Or quelle garantie peut présenter une pareille tutelle, déférée par une assemblée qui, du conseil de famille, ne peut avoir que le nom?

Ces arguments d'ordre général avaient une certaine valeur. Seulement ils s'adressaient au législateur et non à l'interprète. Ils venaient se briser contre cette objection décisive qu'il est impossible d'admettre une tutelle *légale* sans un texte qui la consacre. Quant aux arguments tirés des textes que nous avons cités, ils étaient d'une faiblesse extrême, et ne supportaient guère l'examen. Aussi la majorité des auteurs (1) et la jurisprudence en général (2) avaient-elles décidé que, en ce qui concerne les enfants naturels, il n'existait pas de tutelle légale.

652. La loi du 2 juillet 1907, répudiant la solution généralement admise, qui était fondée sur le silence du législateur, a consacré au contraire la tutelle légale des père et mère naturels (3). La tutelle est conférée de plein droit au

(1) Richefort, *Etat des fam. légit. et natur.*, II, n. 275; Valette sur Proudhon, II, p. 290; Duranton, III, n. 431; Marcadé, II, n. 180; Demante, II, n. 138 *bis*; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 20; Demolombe, VIII, n. 384; Aubry, I, n. 697; Planiol, I, n. 1816.

(2) V. notamment, Rennes, 9 janv. 1867, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 638, S., 67. 2. 135. — Nîmes, 15 fév. 1887, *J. G., Suppl., loc. cit.*, S., 87. 2. 172. — Paris, 28 juil. 1892, D., 92. 2. 544, S., 93. 2. 24. — Paris, 17 mars 1897, D., 97. 2. 216, S., 01. 2. 105 et la note. — Caen, 14 déc. 1896, D., 98. 2. 355, S., 97. 2. 37. — Cass., 16 nov. 1898, D., 99. 1. 218, S., 99. 1. 24. — Nancy, 25 nov. 1905, D., 06. 2. 260.

(3) Le nouvel al. 3 de l'art. 389 nous dit que : « Celui des parents naturels qui

père ou à la mère, lorsque, bien entendu, la filiation de l'enfant est légalement établie. Le pouvoir tutélaire appartient à celui des deux auteurs qui exerce la puissance paternelle, suivant les distinctions établies par les alin. 1 et 2 nouveaux de l'art. 383. Rappelons que le tribunal est investi, en cette matière, d'un pouvoir discrétionnaire, dont il fera usage dans l'intérêt de l'enfant.

Comme les père et mère légitimes, les père et mère naturels, à raison de la puissance paternelle dont ils sont investis, sont affranchis de certaines règles auxquelles sont soumis les tuteurs ordinaires. Le nouvel alinéa 5 de l'art. 389 déclare en effet que les règles qui gouvernent la tutelle des enfants légitimes sont, en principe, applicables à celle des enfants naturels. L'art 453 doit, en conséquence, recevoir son application à la tutelle légale des père et mère naturels. Et le tribunal, jouant le rôle de conseil de famille, ne pourra pas régler le budget de la tutelle (art. 454).

La minorité du père ou de la mère ne le rend pas incapable de gérer, en qualité de tuteur légal, les biens de son enfant naturel. Cela résulte formellement de l'art. 442-1° qui, d'après l'art. 389, est applicable en notre matière. Mais, sous quelles conditions pourront être accomplis les actes de la tutelle qui excèdent les limites de la capacité personnelle du père ou de la mère ? Si le père ou la mère est mineur émancipé [1], il convient d'adopter la solution que nous avons donnée (*supra*, n. 320) lorsque nous avons examiné la question identique qui se pose au sujet du père ou de la mère légitime en état de minorité. Mais il se peut que le père ou la mère, tuteur légal, soit lui-même un mineur non émancipé, placé

exercera la puissance paternelle *n'administrera* toutefois les biens de son enfant mineur qu'*en qualité de tuteur légal* et sous le contrôle d'un subrogé tuteur..... » Ces expressions paraissent assez étranges. Il semble que le législateur ait vu dans cette tutelle légale du père ou de la mère une variété particulière d'administration légale. Cela s'explique par le lien étroit que la loi nouvelle établit entre la tutelle légale et l'exercice de la puissance paternelle. On peut dire en effet que la tutelle légale des père et mère naturels est, comme l'administration légale des père et mère légitimes, un des attributs de la puissance paternelle.

[1]. Il faut supposer pour cela qu'il a bénéficié d'une émancipation expresse, ou qu'il s'est marié avec une personne qui n'est pas l'autre auteur de l'enfant.

en tutelle ou sous l'administration légale de son propre père. On se heurtera alors à des difficultés spéciales, que, dans la pratique, on pourra d'ailleurs éviter, soit en émancipant expressément le père ou la mère, soit en faisant attribuer par le tribunal la tutelle avec l'exercice de la puissance paternelle à l'autre auteur de l'enfant, en supposant que celui-ci soit connu, et qu'il soit apte à exercer le pouvoir tutélaire. Si l'on n'a pas recouru à l'un de ces deux procédés, la solution la plus simple consisterait peut-être à faire intervenir, dans tous les actes de la tutelle, celui sous l'autorité duquel le tuteur légal est lui-même placé (1).

653. La tutelle légale de la mère naturelle présente, en principe, les mêmes particularités que celle qui est déférée à la mère légitime après le décès de son conjoint (arg. art. 389, al. 5). Mais, d'une part, l'art. 394 étant formellement écarté par la loi nouvelle, il en résulte une première différence entre la mère légitime et la mère naturelle. D'autre part, les articles du code civil que l'art. 389, al. 5, déclare applicables à la tutelle légale de la mère naturelle ne peuvent pas tous lui être appliqués à la lettre. Car entre la mère légitime, pour laquelle ils ont été écrits, et la mère naturelle, à laquelle ils sont étendus par la loi du 2 juillet 1907, il y a une différence de conditions juridiques dont il faut nécessairement tenir compte.

654. I. Sous l'empire du code civil, on discutait la question de savoir s'il fallait appliquer à la mère naturelle (en admettant qu'elle fût investie de la tutelle légale) les art. 391 et 392, qui permettent au père légitime de nommer un conseil de tutelle à la mère survivante (2). La faculté ainsi reconnue au père légitime étant fondée en partie sur l'autorité qui lui appartient sur la personne de sa femme, le législateur aurait peut-être dû écarter, en ce qui concerne la mère naturelle tutrice, l'application de ces textes. C'est cependant à la solution contraire qu'il s'est arrêté, puisque les art. 391

(1) V. cependant Cluzel, *La loi du 2 juil. 1907*, n. 102 (*Lois nouvelles*, 1908, p. 33).

(2) V. sur ce point en sens divers, Loiseau, *Des enf. natur.*, p. 539; Dalloz, *J. G.*, v° *cit.*, n. 696; Aubry et Rau, VI, § 571, texte et note 14.

et 392 ne figurent pas parmi les textes que l'art. 389, al. 5, déclare non applicables à la tutelle des enfants naturels. Nous devrons donc appliquer ces textes au père et à la mère naturels, mais avec certaines restrictions cependant, que commande la situation spéciale dans laquelle le père et la mère naturels sont placés par la loi, relativement à la tutelle et à l'exercice de la puissance paternelle.

En effet, le père légitime, au moment où il nomme à la mère un conseil de tutelle, n'est pas lui-même tuteur. Il est investi de l'administration légale, qui doit cesser à son décès, pour être remplacée par la tutelle, et la mère est restée étrangère à la gestion des biens appartenant à son enfant. On peut craindre qu'appelée du jour au lendemain à les administrer, en qualité de tutrice, elle n'ait pas l'expérience nécessaire pour bien remplir sa mission. Au contraire, les enfants naturels sont placés en tutelle dès le moment de leur naissance. Et cette tutelle n'est pas nécessairement conférée au père de préférence à la mère. Si, au décès du père, la mère est déjà investie de la tutelle, les art. 391 et 392 nous paraissent inapplicables. Pendant la vie du père, la mère, ayant par hypothèse l'exercice de la puissance paternelle, a géré toute seule les biens de son enfant; le père a été écarté de la tutelle, soit par la loi elle-même, soit par une décision de justice rendue *cognita causa*. On ne peut pas permettre au père d'entraver, par la nomination d'un conseil de tutelle, l'administration de la mère, pour le temps qui suivra son décès. Sans doute, à la mort du père, ses enfants vont lui succéder. Les biens soumis à la gestion de la mère tutrice seront augmentés du patrimoine du père. Mais y a-t-il là une raison suffisante pour justifier la nomination par le père prémourant d'un conseil de tutelle à la mère qui lui avait été préférée pour la gestion des biens des enfants? Sans doute, l'art. 389 renvoie, sans faire aucune distinction, aux art. 391 et 392, et notre solution, par suite, peut être contestée. Mais elle a pour elle l'esprit, sinon la lettre de la loi (1).

Les art. 391 et 392, à notre avis, ne peuvent recevoir leur

(1) Contra Chazel, op. cit., n. 112.

application que dans le cas où, au moment de son décès, le père a l'administration des biens de ses enfants en qualité de tuteur légal, comme conséquence de la puissance paternelle dont il a l'exercice. C'est alors seulement que les père et mère de l'enfant naturel se trouvent dans une situation comparable à celle en vue de laquelle ont été écrites les dispositions de ces textes.

655. II. L'art. 393, relatif à la nomination du curateur au ventre à la mère légitime enceinte au décès de son mari, devra être également appliqué à la mère naturelle, *mutatis mutandis*. Il faut supposer que le père naturel est décédé, la mère étant ou se disant enceinte, après avoir reconnu par anticipation l'enfant dont celle-ci doit accoucher. Dans cette hypothèse, qui présente de l'analogie avec celle qui est visée par l'art. 393, un curateur au ventre devra être nommé à la mère par le tribunal jouant le rôle de conseil de famille. Cette nomination présente de l'intérêt à divers points de vue : la mère naturelle, ayant reçu du père une donation après la conception de l'enfant ou ayant été instituée par lui légataire universelle, pourrait être tentée de commettre une *suppression de part* pour échapper à l'application de l'art. 911 [1]; ou bien une supposition ou substitution de part, afin d'exercer sur les biens recueillis par l'enfant dans la succession paternelle le droit de jouissance que la loi nouvelle lui confère.

Le curateur au ventre ne doit être nommé que dans le cas où l'homme, auteur de la reconnaissance, est décédé avant l'accouchement réel ou supposé. Sans doute, pendant la vie de cet homme, les fraudes que nous avons signalées peuvent être commises par sa concubine; mais c'est à lui qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour les empêcher. De même il n'y a pas lieu à la nomination du curateur au ventre, si l'enfant simplement conçu n'a pas été reconnu par le père prédécédé. Cet enfant n'a pas en effet de père légalement connu, et par suite l'art. 393 ne peut être appliqué.

[1] Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, I, n. 552 et s.

656. III. Avant la loi du 2 juillet 1907, on se demandait si les art. 395 et 396 devaient recevoir leur application à la mère naturelle, qui contractait mariage avec un homme autre que le père de l'enfant. L'affirmative était admise par certains auteurs et par quelques arrêts, qui fondaient leur solution sur les motifs des art. 395 et 396 (1). L'opinion contraire nous semblait préférable. Les textes dont il s'agit édictent des déchéances et des obligations légales. A ce double titre, ils devaient être interprétés d'une manière restrictive. Or, ils supposent un *nouveau mariage* contracté par la mère, ce qui ne peut s'entendre que de la mère légitime seulement.

Lors de la discussion qui eut lieu au sénat, dans la séance du 17 juin 1902, la question fut soulevée par M. Legrand. Elle avait donc été signalée à l'attention du législateur. La loi nouvelle, en ne comprenant pas les art. 395 et 396 parmi les textes qu'elle déclare inapplicables à la tutelle des enfants naturels, a voulu que les dispositions de ces deux textes fussent étendues à la mère naturelle, investie de la tutelle. Il y avait du reste de bonnes raisons pour le décider ainsi. Les motifs sur lesquels sont fondées les prescriptions des art. 395 et 396 peuvent être invoqués au cas où la mère naturelle tutrice se marie avec un homme autre que le père de son enfant, avec plus de force encore que dans celui où la mère légitime tutrice contracte un nouveau mariage. Ce n'est pas seulement l'indifférence du mari qu'il y a lieu de craindre, c'est son hostilité à l'égard des enfants naturels de sa femme, dont la présence lui rappellera constamment la faute commise par celle-ci.

Voici à quelles solutions nous conduit l'application à la mère naturelle des art. 395 et 396.

La mère devra, avant la célébration du mariage qu'elle se propose de contracter, saisir le tribunal, jouant le rôle de conseil de famille, de la question de savoir si la tutelle doit ou non lui être conservée.

A. Si elle s'est mariée sans avoir satisfait à l'obligation que

(1) Demolombe, VIII, n. 387; Aubry et Rau, VI, § 571, p. 214. — Lyon (motifs), 8 août 1859, D., 59. 2. 141, S., 60. 2. 431. — Caen, 22 mars 1869, S., 69. 2. 610, J. G., Supp., v° cit., n. 81.

la loi lui impose, elle perd de plein droit la tutelle. Mais elle ne perd pas, par cela seul, l'exercice de la puissance paternelle dont elle était investie. Sans doute la loi nouvelle établit un lien étroit entre la tutelle et l'exercice de la puissance paternelle. Mais ces deux pouvoirs cependant ne sont pas inséparables. Si la mère se voyait enlever l'exercice de la puissance paternelle, elle perdrait, il est vrai, la tutelle. Mais la réciproque n'est pas vraie, et l'on comprend très bien que la mère soit privée de la tutelle, tout en conservant l'exercice de la puissance paternelle.

Il se peut que la mère, quoique ayant perdu la tutelle, continue en fait d'en remplir les fonctions. Alors, il faudra lui appliquer les règles qui, dans la même hypothèse, sont applicables à la mère légitime. Elle sera considérée comme une tutrice de fait, et son mari sera solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle indûment conservée (art. 395).

La mère ayant perdu la tutelle, le tribunal devra nommer à l'enfant un tuteur nouveau. Il pourra d'ailleurs conférer la tutelle à la mère, qui la gèrera alors en qualité de tutrice dative et non à titre de tutrice légale. Dans ce cas, le tribunal, nous le croyons du moins, devra nommer cotuteur le mari de la mère, car la tutelle de la mère ne va pas sans la cotutelle du mari.

B. Si le tribunal a été saisi par la mère avant la célébration du mariage, la loi l'investit d'un pouvoir souverain d'appréciation (art. 396).

Il peut retirer la tutelle à la mère et donner à l'enfant un nouveau tuteur. La mère, à laquelle la tutelle a été ainsi enlevée, conserve néanmoins l'exercice de la puissance paternelle. Si elle devient libre par la dissolution de son mariage, elle ne recouvre pas de plein droit la tutelle de son enfant. Mais elle peut, à notre avis, demander au tribunal de la lui restituer.

Le tribunal peut conserver la tutelle à la mère. Dans ce cas, il doit nécessairement lui adjoindre son mari en qualité de cotuteur, et celui-ci sera responsable solidairement avec sa femme des suites de la gestion postérieure au mariage.

Pour compléter nos explications sur ces diverses questions, certaines observations sont nécessaires.

1° Si le père de l'enfant est légalement connu, vivant et capable, le tribunal peut enlever à la mère qui se marie non seulement la tutelle, mais encore l'exercice de la puissance paternelle pour les conférer au père. Les pouvoirs du tribunal se fondent, à cet égard, sur l'art. 383. Il n'y a plus, s'il use de ces pouvoirs, à tenir compte des art. 395 et 396, qui se trouvent alors hors de cause.

Mais il en est autrement si le père de l'enfant dont la mère a la tutelle est inconnu, décédé ou incapable d'exercer la puissance paternelle. Le seul pouvoir dont la mère puisse être privée en vertu des art. 395 et 396, c'est le pouvoir tutélaire ; elle conserve nécessairement l'exercice de la puissance paternelle. Le tribunal ne peut pas le lui enlever, de même que le conseil de famille ne pourrait pas l'enlever à la mère légitime contractant un nouveau mariage après le décès du père.

2° Les art. 395 et 396 prévoient uniquement l'hypothèse où la mère est déjà investie de la tutelle au moment où elle se marie. On peut supposer que la mère, n'ayant pas la tutelle à ce moment, soit appelée à l'exercer pendant le mariage. Par exemple, l'enfant est reconnu par ses deux auteurs ; la tutelle appartient au père, soit en vertu de la loi, soit parce que le tribunal lui a conféré l'exercice de la puissance paternelle. Le père décède après le mariage de la mère. Celle-ci se trouve alors investie de plein droit de la tutelle de son enfant. Ou bien encore, c'est une mère naturelle qui s'est mariée sans avoir reconnu son enfant. Elle le reconnaît après la célébration de son mariage. La reconnaissance est valable, sauf l'application de l'art. 337.

Dans tous ces cas, l'hostilité du mari de la mère est évidemment à redouter. Cependant, ces hypothèses n'entrant point dans les prévisions des art. 395 et 396, il est tout au moins douteux que ces textes puissent être appliqués. La situation de la mère naturelle est comparable à celle de la mère légitime divorcée et remariée qui, au cours de son nouveau mariage, se trouve appelée à la tutelle de ses enfants

du premier lit, par suite du décès de leur père *(supra*, n. 347) [1]. La difficulté pourrait être tournée dans le cas où l'enfant a été reconnu par ses deux auteurs après le mariage de la mère. La reconnaissance de la mère étant par hypothèse antérieure en date, le tribunal pourrait enlever à celle-ci l'exercice de la puissance paternelle, en vertu de l'art. 383, pour le conférer au père. Mais, en dehors de ce cas, nous ne pensons pas que la tutelle puisse être retirée à la mère.

Dans le même ordre d'idées, on peut encore se poser la question suivante. L'enfant étant reconnu par ses deux auteurs, le père exerçant la puissance paternelle, et la mère étant mariée, le tribunal peut-il, en considération de l'intérêt de l'enfant, attribuer à la mère l'exercice de la puissance paternelle et par conséquent la tutelle? La solution affirmative ne nous paraît guère douteuse. Les art. 395 et 396, en les supposant même applicables à cette espèce, ne s'opposent pas à ce que le tribunal use des pouvoirs que lui confère l'art. 383, puisqu'ils lui permettent de conserver la tutelle à la mère, malgré son mariage. La seule question qui puisse soulever des difficultés est celle de savoir si le tribunal devrait nécessairement nommer le mari cotuteur.

657. IV. Le nouvel alinéa 5 de l'art. 389 déclare expressément que l'art. 394 ne doit pas recevoir son application à la tutelle des enfants naturels. La mère naturelle est donc tenue d'accepter la tutelle de ses enfants mineurs, et la loi la place, à cet égard, dans la même situation que le père. Pour justifier cette différence entre la mère légitime, qui peut refuser la tutelle, et la mère naturelle, à laquelle elle est imposée, M. Chastenet a dit, dans son rapport à la chambre des députés, qu'il est difficile de trouver un tuteur s'intéressant à l'enfant naturel. Quelle que puisse être l'inexpérience de la mère, le législateur a pensé que, par l'affection qu'elle éprouve pour son enfant, elle présente plus de garanties qu'un tuteur datif, dont les sentiments à l'égard du mineur ne peuvent pas être les mêmes. On peut encore invoquer

[1] Si la mère a reconnu son enfant après son mariage, l'art. 337 nous paraît s'opposer à ce que la cotutelle puisse être imposée au mari.

d'autres raisons à l'appui de la solution admise par la loi. D'abord l'enfant naturel n'a pas généralement des biens importants, et le fardeau de la tutelle n'excèdera pas les forces de la mère. Puis la loi nouvelle considère la tutelle légale de la mère comme un attribut de la puissance paternelle dont elle a l'exercice, et dès lors il ne devait pas être permis à la mère de la répudier.

658. Tutelle testamentaire. — Il était généralement admis, sous l'empire du code civil, que le survivant des père et mère de l'enfant naturel ne pouvait pas donner à celui-ci un tuteur testamentaire [1]. Les art. 397 et s., disait-on, sont des textes exceptionnels, dont les dispositions ne doivent pas être étendues. La solution contraire est consacrée par la loi nouvelle (arg. art. 389, al. 5). Il faut donc appliquer aux enfants naturels les art. 397 à 401 C. civ. Pour en faire l'application, certaines distinctions sont nécessaires.

A. L'enfant naturel est reconnu par ses deux auteurs. Sa situation est alors comparable à celle d'un enfant légitime. Le survivant des deux auteurs (le *dernier mourant*, suivant l'expression de l'art. 397) pourra nommer à l'enfant un tuteur testamentaire, pourvu qu'à son décès il ait lui-même la qualité de tuteur [2].

B. Si la filiation de l'enfant est établie seulement à l'égard de l'un de ses auteurs, on ne peut pas appliquer à la lettre l'art. 397, qui permet au *dernier mourant* des père et mère de nommer à son enfant un tuteur testamentaire. Il ne peut en être fait qu'une application analogique. Il nous paraît conforme à l'esprit de la loi de décider que l'auteur, par qui l'enfant a été reconnu, pourra donner à son enfant un tuteur par acte de dernière volonté. Mais alors une difficulté spéciale peut se présenter. Il se peut qu'après le décès de cet auteur, l'autre auteur de l'enfant reconnaisse celui-ci. L'exercice de la puissance paternelle et la tutelle de l'enfant lui reviennent de droit, et le tuteur testamentaire se voit enlever

[1] Duranton, Bonnier et Roustain, I, n. 585; Demolombe, VIII, n. 386; Planiol, I, n. 1817. — *Contra* Aubry et Rau, VI, § 571, p. 214; Vigié, I, n. 72.

[2] Cpr. Chazel, *op. cit.*, n. 115.

ses fonctions. Le tuteur testamentaire nommé par le premier mourant ne reprendra pas ses fonctions au décès de l'autre auteur; car les faits ont démontré qu'il avait été irrégulièrement institué. Il faudra procéder à la nomination d'un tuteur datif, si le dernier mourant des père et mère n'a pas lui-même donné à l'enfant un tuteur testamentaire.

Nous appliquerons de même les art. 399 et 400 C. civ., en leur faisant subir les modifications nécessaires : Si la mère naturelle, mariée avec un homme autre que le père de l'enfant et maintenue dans la tutelle, a fait choix d'un tuteur à son enfant naturel, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le tribunal (art. 400). Quant à la mère mariée et non maintenue dans la tutelle de son enfant naturel, elle ne peut pas lui choisir un tuteur (art. 399).

659. Ainsi l'enfant peut être placé sous la tutelle légale de son père ou de sa mère; il peut avoir un tuteur testamentaire nommé par le dernier mourant de ses père et mère. Quant à la tutelle légale des ascendants, il ne peut évidemment en être question, l'enfant naturel n'ayant pas d'ascendants aux yeux du législateur. Nous nous bornerons sur ce point à reproduire le passage suivant du rapport de M. Chastenet : « Aucun lien légal ne rattachant l'enfant naturel à ses ascendants, tant au point de vue de la puissance paternelle que du droit héréditaire ou de l'obligation alimentaire, il ne semble pas qu'on puisse imposer aux ascendants la tutelle d'un enfant, qui légalement ne fait pas partie de leur famille. Aussi avons-nous modifié sur ce point la disposition de l'art. 3 en supprimant le renvoi aux art. 402 à 404 du code civil, qui organisent la tutelle des ascendants ».

660. Les règles que nous avons étudiées jusqu'à présent sont spéciales aux enfants naturels dont la filiation est légalement établie, soit à l'égard de leurs deux auteurs, soit à l'égard d'un seul. Voici maintenant des règles qui sont communes aux enfants reconnus et à ceux qui ne le sont pas. Elles sont relatives à la tutelle dative.

661. Tutelle dative. — On décidait généralement, sous l'empire du code civil, que le tuteur datif de l'enfant naturel, comme celui de l'enfant légitime, devait être nommé par un

conseil de famille [1]. C'était en ce sens que s'était fixée la jurisprudence [2]. Etant donné le silence gardé sur ce point par le législateur, on appliquait par analogie à la tutelle des enfants naturels les règles édictées pour celle des enfants légitimes. Et pour la formation du conseil de famille on adoptait le procédé indiqué par l'art. 409. On appelait à en faire partie des personnes connues pour avoir des relations d'amitié avec le père ou la mère du mineur, ou avec le mineur lui-même. On transformait ainsi en règle générale un procédé qui, d'après le code civil, devait être exceptionnel. Et d'ailleurs il pouvait arriver que les père et mère du mineur fussent inconnus et que le conseil de famille fût en totalité composé d'indifférents. Il y avait là quelque chose de véritablement choquant. Aussi certains auteurs avaient-ils proposé de confier au tribunal civil la mission de nommer le tuteur datif.

C'est cette dernière solution qui a été, à juste titre, consacrée par la loi du 2 juillet 1907. Aux termes du nouvel alin. 4 de l'art. 389, le tribunal de première instance exerce, à l'égard des enfants naturels, les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes. Le tribunal statue, en chambre du conseil, sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle. C'est donc au tribunal qu'il appartient de procéder à la nomination du tuteur datif.

662. Quel est le tribunal compétent pour nommer le tuteur ? La loi distingue suivant qu'il s'agit d'un enfant naturel reconnu ou d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie.

663. *Première hypothèse.* L'enfant n'est reconnu par aucun de ses deux auteurs. — Nous supposons que cet enfant n'est pas soumis à la tutelle administrative organisée par la loi du 27 juin 1904 et qu'il y a lieu d'organiser la tutelle dans les termes du droit commun.

[1] Huc, III, n. 280; Vizié, I, n. 737; Aubry et Rau, I, § 93, p. 606.

[2] Bordeaux, 26 juin 1860, sous cass., 22 août 1861, S., 61. 1. 929. — Nîmes, 15 fév. 1887, S., 87. 2. 172. — Caen, 14 déc. 1896, S., 97. 2. 37, D., 98. 2. 355. — Paris, 17 mars 1897, D., 97. 2. 215. — Cass., 16 nov. 1898, D., 99. 1. 218, S., 99. 1. 21.

La tutelle de l'enfant naturel s'ouvrant dès le moment même de sa naissance, on pourrait lui nommer immédiatement un tuteur datif. Mais, comme on le faisait dans la pratique avant la loi nouvelle, on n'organisera en fait cette tutelle que lorsque le besoin s'en fera sentir. La loi du 2 juillet 1907 paraît elle-même le supposer, comme nous allons le voir tout à l'heure.

La jurisprudence paraissait admettre, sous l'empire du code civil, que le conseil de famille chargé de nommer le tuteur datif pouvait être valablement réuni au lieu où le mineur avait son domicile au moment où l'on s'occupait d'organiser sa tutelle [1]. Des considérations d'utilité pratique avaient inspiré cette solution. C'était seulement au domicile actuel du mineur que l'on pouvait avoir l'espoir de rencontrer des personnes s'intéressant à lui. De cette manière, on atténuait, dans la mesure du possible, les inconvénients du système qui confiait au conseil de famille la nomination du tuteur.

Les auteurs de la loi nouvelle paraissent s'être inspirés de considérations du même genre. Aux termes de l'art. 389, al. 4, le tuteur doit être nommé par le tribunal du lieu où l'enfant a sa résidence (et non point par le tribunal du lieu de sa naissance). Par résidence, il faut entendre, croyons-nous, la résidence *actuelle* du mineur. La loi paraît donc admettre que la tutelle de l'enfant naturel n'est pas nécessairement organisée au moment où l'enfant vient au monde, et qu'un certain temps peut s'écouler entre le jour de sa naissance et celui où on s'occupe de lui donner un représentant légal.

Le texte parle de la *résidence* et non du *domicile* de l'enfant mineur. Si cette rédaction est intentionnelle, voici probablement ce qu'elle signifie. Les auteurs de la loi ont sans doute voulu dire que le véritable domicile de l'enfant reste inconnu tant que sa filiation n'est pas légalement établie. L'enfant a son domicile au lieu où est domicilié son père ou sa mère, actuellement inconnu. Tant qu'aucune reconnaissance ne

[1] Cass. (motifs), 10 nov. 1896, D., 99. 1. 209, S., 97. 1. 321.

sera intervenue, la résidence de l'enfant lui tiendra lieu de domicile. L'enfant a sa résidence au lieu où il habite d'ordinaire. Il réside chez la personne qui prend soin de lui et s'occupe de son éducation.

Les raisons pour lesquelles la loi a attribué compétence au tribunal de la résidence, et non à celui du lieu de naissance de l'enfant, ont été indiquées par M. Girard, dans la séance du sénat du 17 juin 1902 : « Souvent, en effet, a-t-il dit, un enfant n'aura séjourné que peu de temps dans le lieu de sa naissance ; sa résidence effective est dans un autre endroit. Il nous semble que le tribunal du lieu de cette résidence est mieux placé que tout autre pour apprécier les intérêts du mineur et organiser les mesures de protection dont il a besoin ».

La tutelle dative d'un enfant naturel non reconnu a un caractère provisoire. La reconnaissance dont l'enfant vient ensuite à être l'objet de la part de son père ou de sa mère entraîne la cessation des pouvoirs conférés par le tribunal au tuteur datif. Le père ou la mère qui reconnaît son enfant est en effet désigné par la loi pour représenter celui-ci en qualité de tuteur ; c'est à lui que doit appartenir désormais l'administration des biens de son enfant. Le tuteur datif n'est donc nommé que provisoirement et en attendant que la filiation de l'enfant soit révélée par une reconnaissance [1]. Mais, bien entendu, les actes accomplis par lui pendant la durée de sa gestion restent pleinement valables ; car le tuteur les a faits en vertu d'un titre régulier.

Une difficulté spéciale peut se présenter au cas où la reconnaissance de l'enfant intervient après la nomination du tuteur datif. Supposons que le père ou la mère, auteur de la reconnaissance, soit domicilié dans un lieu autre que celui où l'enfant avait sa résidence au moment où la tutelle dative a été organisée. L'enfant, domicilié jusque-là chez son tuteur datif, aura désormais son domicile chez son père ou sa mère, tuteur légal (art. 108 C. civ.). La translation du domicile personnel du mineur aura-t-elle pour conséquence le déplace-

[1] Chuzel, op. cit., n. 139.

ment du domicile de la tutelle? En d'autres termes, le tribunal du nouveau domicile de l'enfant sera-t-il substitué à celui de la résidence ancienne pour la surveillance de la tutelle? Nous examinons plus loin cette question, en étudiant d'une manière générale le rôle du tribunal (*infra*, n. 669).

664. *Deuxième hypothèse.* L'enfant naturel est reconnu par ses deux auteurs ou par un seul d'entre eux.

L'art. 405 C. civ., où la loi nous indique les causes qui, pour les enfants légitimes, entraînent l'ouverture de la tutelle dative, est au nombre des textes que l'art. 389 al. 5 déclare inapplicables à la tutelle des enfants naturels. Il nous paraît certain cependant qu'il faut s'en inspirer pour déterminer les cas dans lesquels un tuteur datif doit être nommé à l'enfant naturel reconnu. Car l'art. 405 ne fait guère que déduire les conséquences dérivant de textes qui sont communs aux enfants naturels et aux enfants légitimes. A l'enfant naturel reconnu il y aura donc lieu de nommer un tuteur datif dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque, l'enfant ayant été reconnu par un seul de ses auteurs, celui-ci vient à décéder sans avoir institué de tuteur testamentaire ou à perdre ses fonctions de tuteur pour une cause quelconque (incapacité, excuse, exclusion ou destitution). Dans l'un ou l'autre de ces cas, un tuteur datif devra être nommé, en attendant que l'autre auteur se fasse légalement connaître.

2° Lorsque, l'enfant ayant été reconnu par ses deux auteurs, tous deux sont décédés, sans que le dernier mourant ait désigné à l'enfant un tuteur par acte de dernière volonté, ou, d'une manière plus générale, lorsqu'aucun des père et mère n'est en état de gérer la tutelle, par suite d'excuse, d'exclusion ou de destitution, ou parce qu'il est frappé d'incapacité.

3° Lorsque le tuteur testamentaire, nommé par le dernier mourant des père et mère, vient à cesser ses fonctions. Il ne peut être remplacé que par un tuteur datif.

4° La tutelle dative doit également être organisée, dans certains cas tout au moins, à la suite de la déchéance de la puissance paternelle encourue par les deux auteurs ou par l'un des deux. Les règles posées par la loi du 24 juillet 1889

ont en effet une portée générale et doivent s'appliquer aux père et mère naturels comme aux père et mère légitimes (V. *supra*, n. 275 s.) [1].

Le tribunal compétent pour nommer le tuteur est celui du domicile légal du parent investi de la tutelle *au moment où il a reconnu son enfant* (art. 389, al. 4). Cette disposition est assez obscure. Nous en rechercherons le sens, lorsque, en parlant du rôle du tribunal, nous examinerons la question de savoir où se trouve le siège de la tutelle. La règle de l'art. 389, al. 4, a en effet une portée tout à fait générale. Elle indique quel est le tribunal compétent pour statuer non seulement sur les questions relatives à l'organisation de la tutelle, mais encore sur celles qui concernent le fonctionnement et la surveillance de celle-ci.

665. Par qui le tribunal peut-il être saisi à l'effet de nommer le tuteur datif? L'art. 389, al. 4, répond à cette question en disposant, d'une manière générale, que pour tout ce qui concerne l'organisation ou la surveillance de la tutelle, le tribunal statuera d'office, ou à la requête de l'un des père et mère, ou sur la réquisition du ministère public.

I. Le tribunal peut être saisi par le père ou la mère. En ce qui touche la nomination du tuteur datif, cette disposition ne peut s'appliquer que dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles, puisqu'il n'y a lieu normalement à la tutelle dative qu'à défaut de père et de mère. On peut supposer, par exemple, une mère naturelle, investie de la tutelle légale, qui veut contracter mariage. Le père de l'enfant est inconnu, décédé ou incapable. L'art. 395 oblige la mère à demander au tribunal de statuer sur son maintien dans la tutelle ou son exclusion. Si la mère a perdu la tutelle légale, pour n'avoir pas satisfait à cette obligation, elle peut de même, au cours de son mariage, adresser au tribunal une requête aux fins de pourvoir à la tutelle de l'enfant. On peut encore supposer que le père ou la mère, appelé à la tutelle, invoque une excuse légale. Il devra faire examiner cette excuse par le tribunal, auquel il demandera de nommer un tuteur datif.

[1] Troplong, *De la puiss. patern. et de la tutelle, complément*, p. 11.

II. L'art. 389 nous dit encore que le tribunal peut statuer d'office, ou sur les réquisitions du ministère public.

III. L'énumération que nous trouvons dans l'art. 389 ne nous paraît pas limitative.

Ainsi, en supposant que la tutelle de l'enfant soit déjà organisée, le subrogé tuteur pourra, et même il devra sous peine de dommages-intérêts, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, si la tutelle devient vacante (art. 424).

L'art. 406, qui permet à toutes personnes intéressées de requérir la convocation du conseil de famille, à l'effet de nommer un tuteur datif à l'enfant légitime mineur, est englobé dans la proscription qui atteint en bloc (art. 389, al. 5), tous les textes du code civil qui traitent du conseil de famille. Mais ce serait aller à l'encontre du but visé par le législateur que de repousser, en notre matière, l'application de ce texte. La règle qu'il édicte est tellement rationnelle qu'elle s'impose nécessairement. Il faut évidemment reconnaître aux personnes intéressées, par exemple aux créanciers du mineur, ou aux légataires de son auteur, le droit de faire nommer à l'enfant naturel un représentant légal.

Il nous paraît certain également que toute personne quelconque, même si elle n'a pas de droits à faire valoir contre le mineur, peut exercer la faculté de dénonciation dont il est question dans l'art. 406. A vrai dire, il y a là une de ces facultés qui n'ont pas besoin d'être inscrites dans un texte pour être reconnues. Ce droit de dénonciation s'exercera plus utilement encore en faveur des enfants naturels qu'au profit des enfants légitimes. Il se peut qu'un enfant naturel ait été recueilli par une personne qui s'intéresse à lui. Cette personne pourra informer le ministère public ou le tribunal du fait qui donne lieu à la nomination du tuteur. Mais, bien entendu, puisqu'il s'agit d'une simple dénonciation, ni le ministère public, ni le tribunal ne sont obligés d'en tenir compte.

666. En principe, pour l'enfant naturel, comme pour l'enfant légitime, il ne doit y avoir qu'un seul tuteur. Ce principe comporte d'ailleurs les mêmes exceptions pour la tutelle des enfants naturels que pour celle des enfants légitimes (art. 396 et 417).

667. Subrogé tuteur. A côté du tuteur légal, testamentaire ou datif, la loi place un premier organe de contrôle : le subrogé tuteur. Celui-ci est nommé par le tribunal jouant le rôle de conseil de famille. Pour savoir quel est le tribunal compétent à cet effet il faut suivre les règles qui servent à déterminer le tribunal compétent pour la nomination du tuteur. Si l'enfant n'est pas reconnu, le subrogé tuteur sera nommé par le tribunal du lieu de sa résidence. En ce qui concerne l'enfant naturel reconnu, le tribunal compétent sera celui du domicile du parent investi de la tutelle légale, au moment de la reconnaissance.

Quand le subrogé tuteur devra-t-il être nommé? Il y a lieu de faire, à cet égard, les mêmes distinctions que pour les enfants légitimes.

A. Si l'enfant a déjà un tuteur légal ou testamentaire, nous appliquerons, *mutatis mutandis*, l'art. 421 C. civ. Le tuteur est tenu, avant d'entrer en fonctions, de faire nommer à l'enfant un subrogé tuteur, sinon le tribunal peut lui retirer la tutelle. Cette obligation est, nous l'avons vu, sanctionnée d'une manière spéciale lorsque l'enfant est placé sous la tutelle légale de son père ou de sa mère, ayant l'exercice de la puissance paternelle. Le père ou la mère ne peut commencer à jouir des biens de son enfant qu'à dater de la nomination du subrogé tuteur, à moins que celle-ci n'ait été faite dans le délai de trois mois depuis son entrée en fonctions.

Du reste, si le tuteur ne provoque pas la nomination du subrogé tuteur, le tribunal peut être saisi à cette fin par l'autre auteur, s'il est connu, par les créanciers ou autres personnes intéressées (art. 421), ou par le ministère public. Le subrogé tuteur peut même être nommé d'office par le tribunal (art. 389, al. 3 et 4).

B. Si les fonctions tutélaires appartiennent à un tuteur datif, l'art. 422 dispose que la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

Le subrogé tuteur étant nommé par le tribunal, il va de soi qu'il ne saurait être question d'appliquer l'art. 423, 1re partie, aux termes duquel le tuteur ne peut pas voter pour la nomination du subrogé tuteur.

Mais ne doit-on pas appliquer, comme la loi semble le prescrire par le renvoi qu'elle fait à l'art. 423, la disposition contenue dans la partie finale de ce texte, qui défend de prendre le subrogé tuteur dans la ligne de parenté à laquelle le tuteur appartient? Pour que la question se pose il faut évidemment qu'il s'agisse d'un enfant naturel reconnu. Le législateur paraît avoir décidé, comme nous le verrons tout à l'heure, que, lorsque le père est tuteur, la subrogée tutelle ne peut pas être confiée à la mère, et que, réciproquement, le père ne peut pas être nommé subrogé tuteur, quand la mère est tutrice. Or précisément, l'enfant naturel, en le supposant reconnu par ses deux auteurs, n'a pas de parents en dehors de son père et de sa mère. Le père est le seul parent paternel, la mère l'unique parent maternel de l'enfant. Toute autre personne est, aux yeux de la loi, étrangère à celui-ci. Comment dès lors appliquer l'art. 423? On pourrait en effet, sans en violer la disposition interprétée littéralement, appeler à la subrogée tutelle un parent du père investi de la tutelle (cette personne n'est pas un parent de la ligne paternelle), ou un parent de la mère quand celle-ci est tutrice (ce n'est pas un parent de la ligne maternelle). Ces difficultés ne paraissent pas avoir été aperçues par les rédacteurs de la loi nouvelle, qui ont compris l'art. 423 parmi les textes qu'ils déclarent applicables à la tutelle des enfants naturels. Pour leur donner satisfaction, il conviendrait peut-être d'entendre par ligne paternelle l'ensemble des parents du père, et par ligne maternelle la série des parents de la mère. Et l'on serait conduit aux solutions suivantes : quand le père ou un parent du père est tuteur, on ne peut nommer à la subrogée tutelle qu'un parent de la mère ou un étranger, et réciproquement lorsque la mère ou un parent de la mère a la tutelle, c'est un parent du père ou un étranger qui doit être chargé de remplir les fonctions de subrogé tuteur. On force alors le sens de l'art. 423, pour en faire l'application à l'enfant naturel, et il faut bien reconnaître que la règle qu'il édicte ne présente pas pour celui-ci la même utilité que pour l'enfant légitime. L'enfant naturel n'est pas appelé en géné-

ral à recueillir les successions qui peuvent être déférées aux parents de son père et de sa mère, de sorte qu'on ne peut guère redouter le conflit d'intérêts qui justifie la disposition de l'art. 423. C'est seulement quand il s'agit de la succession du père ou de la mère, qu'il peut y avoir un danger pour le pupille à avoir comme tuteur et comme subrogé tuteur deux personnes qui sont également parentes du *de cujus*. Peut-être le législateur a-t-il pensé à cette éventualité, et ainsi s'expliquerait le renvoi qu'il a fait implicitement à notre texte, en déclarant applicables, sauf exception, à la tutelle des enfants naturels, *toutes les règles* qui gouvernent celles des enfants légitimes.

Dans sa première rédaction, la loi nouvelle, prévoyant le cas d'un enfant reconnu par ses deux auteurs, permettait de conférer les fonctions de subrogé tuteur à celui des deux qui n'avait pas la tutelle. Cette disposition n'a pas été maintenue dans le texte définitif, et les motifs de cette suppression ont été indiqués par M. Girard, dans le rapport qu'il a présenté au sénat le 21 janvier 1902 : « Nous estimons, a dit le rapporteur, que cette disposition, bien que facultative, ne doit pas être maintenue, si l'on veut que le contrôle du subrogé tuteur soit efficace et sérieux. De deux choses l'une en effet : ou le père et la mère vivent ensemble, et alors, leurs intérêts étant communs, il est difficile d'admettre que l'un d'eux puisse exercer sur la gestion de l'autre cette surveillance qu'exigent les fonctions de subrogé tuteur et remplir, en toute liberté, un mandat qui entraîne une responsabilité particulière; ou ils vivent séparés, et les sentiments qui doivent les animer l'un à l'égard de l'autre peuvent faire craindre des conflits irritants qui ne seraient pas toujours inspirés par le souci de protéger les intérêts du mineur et dont ce dernier serait certainement victime ». — La volonté du législateur paraît donc certaine : quand l'un des auteurs est tuteur, l'autre ne peut pas être subrogé tuteur. On ne peut cependant s'empêcher de trouver étrange le procédé employé par les auteurs de la loi nouvelle. Il s'agit, en définitive, d'une incapacité édictée contre le père ou la mère. Or il est de principe qu'il n'y a pas d'incapacité sans texte. Ici au contraire nous trouvons

une incapacité, qui ne résulte pas d'un texte, mais qui est simplement induite des travaux préparatoires [1].

668. Les causes d'incapacité, d'excuse, d'exclusion ou de destitution de la tutelle sont en principe celles qui sont établies par la loi pour la tutelle des enfants légitimes. Les art. 427 à 449 sont en effet applicables à la tutelle des enfants naturels [2].

Il y a cependant, à ce point de vue, certaines différences entre les deux sortes de tutelle :

1° Les excuses proposées par le tuteur sont appréciées par le tribunal, auquel il appartient également de prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur ;

2° Nous savons, d'autre part, que la mère naturelle ne peut pas refuser la tutelle de son enfant mineur ;

3° D'après le droit commun, les femmes sont incapables, en principe, de remplir les fonctions tutélaires. A cette règle, la loi du 2 juillet 1907 édicte une dérogation remarquable. La tutelle dative ou testamentaire peut être conférée à une femme (art. 442-3° *in fine*), et, la loi gardant sur ce point le silence, nous en concluons que celle-ci est tenue d'accepter la tutelle si elle n'est pas en mesure d'invoquer une cause légale d'excuse. En effet, dit M. Chastenet, dans son rapport à la chambre des députés : « Les enfants naturels, n'ayant point de famille, sont le plus souvent confiés aux soins d'une femme qui les prend en affection, et, dans ces conditions, il est de leur intérêt d'attribuer la tutelle à cette femme qui, seule peut-être, leur a témoigné de l'attachement ».

La loi ne distingue pas entre les femmes mariées et celles qui ne le sont pas. Puisqu'il s'agit d'une obligation imposée par la loi, il faut décider que le mari, en cette matière, n'a pas à intervenir pour donner son autorisation [3]. L'incapacité personnelle de la femme n'étant pas ici en jeu, la femme investie de la tutelle aura les pouvoirs que la loi attribue au tuteur ordinaire. Enfin, il nous paraît certain que les immeu-

(1) Cpr. Cluzel, *op. cit.*, n. 129, 130.

(2) Pour l'interprétation qui doit être donnée de l'art. 436, V. *supra*, n. 441.

(3) Nous ne pensons pas que le mari doive être nommé cotuteur. Les art. 395 et 396, étant exceptionnels, ne peuvent être étendus.

bles de la tutrice seront grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121. (V. sur ces divers points les observations présentées par M. Legrand, dans la séance du sénat du 17 juin 1902 et la réponse du rapporteur).

Ce que nous avons dit de la tutelle doit également s'entendre de la subrogée tutelle (art. 426).

669. Tribunal. — C'est, nous le savons, au tribunal civil de première instance qu'appartiennent les fonctions conférées au conseil de famille des enfants légitimes. L'art. 389, al. 4, nous indique quel est le tribunal de première instance auquel appartient la haute tutelle sur l'enfant naturel mineur. La disposition contenue dans ce texte a une portée plus générale que celle des articles du code civil qui sont relatifs à l'organisation du conseil de famille des enfants légitimes. On s'en convaincra aisément en la rapprochant de celles qui sont édictées par les art. 406 et s. Ces derniers textes nous indiquent seulement le lieu où doit être réuni le premier conseil de famille, c'est-à-dire celui qui est chargé de nommer le tuteur et le subrogé tuteur au début de la tutelle et de prendre les premières mesures nécessaires au fonctionnement de celle-ci. Au contraire l'art. 389 al. 4 nous dit en termes exprès qu'il faudra s'adresser au tribunal qu'il désigne pour « toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle » des enfants naturels. C'est donc le même tribunal qui est compétent pour les deux ordres de questions. De là nous croyons pouvoir induire que le législateur a entendu consacrer, en ce qui concerne les enfants naturels, le principe de l'immutabilité du siège de la tutelle. Alors même que, après l'ouverture de la tutelle, le tuteur transporterait son domicile dans un lieu autre que celui où il était originairement établi, ce sera toujours le même tribunal qui remplira les fonctions du conseil de famille. S'agit-il d'un enfant reconnu, il faudra recourir au tribunal du lieu où le tuteur légal avait son domicile au moment de la reconnaissance. Si l'enfant n'est pas reconnu, le tribunal compétent sera toujours le tribunal du lieu où l'enfant avait sa résidence au moment où la tutelle a été organisée, alors même que cet enfant aurait changé de résidence.

Telle est, à notre avis, la règle que les auteurs de la loi nouvelle ont voulu consacrer [1]. Mais les termes de l'art. 389 al. 4 peuvent faire naître des doutes dans certaines hypothèses dont nous avons déjà rencontré quelques-unes.

Supposons un enfant naturel qui parvient à sa majorité sans avoir été l'objet d'aucune reconnaissance. Dans ce cas, le principe de l'immutabilité du siège de la tutelle s'applique sans difficulté.

Il en sera de même si l'enfant naturel a été reconnu par un seul de ses auteurs avant que sa tutelle ait été organisée. La tutelle légale du père ou de la mère s'ouvre au moment même où la reconnaissance a lieu, et le siège de la tutelle reste définitivement fixé au lieu où le tuteur légal était domicilié au moment où il a reconnu son enfant.

Les deux solutions que nous venons de donner nous paraissent résulter des termes mêmes de la loi. Mais voici d'autres hypothèses où la question devient plus délicate.

Soit un enfant naturel qui n'a pas été reconnu. Un tuteur datif lui est nommé par le tribunal. Cette tutelle dative a, nous l'avons dit, un caractère provisoire. Elle prendra fin de plein droit, pour être remplacée par la tutelle légale, si, avant sa majorité, l'enfant est reconnu par un de ses auteurs (*supra,* n. 663). Il se peut que, au moment de la reconnaissance, le tuteur légal ait son domicile dans un lieu autre que celui où la tutelle dative a été organisée. A notre avis, la substitution de la tutelle légale à la tutelle dative aura pour conséquence le déplacement du siège de la tutelle. Le tribunal du lieu de la résidence n'avait en effet qu'une compétence provisoire; il n'avait été désigné par la loi pour remplir les fonctions du conseil de famille qu'en attendant la reconnaissance. La filiation de l'enfant étant légalement connue, le tribunal est par cela même dessaisi. Les motifs de la loi nous conduisent à cette solution. Le tribunal du lieu de la résidence n'était chargé de la surveillance de la tutelle que parce que, l'enfant n'étant pas reconnu, c'était ce tribunal qui était le mieux placé pour apprécier les intérêts de cet

[1] Cpr. Cluzel, *op. cit.*, n. 157 s.

enfant et organiser les mesures de protection dont il pouvait avoir besoin. Mais une fois l'enfant reconnu, cette attribution de compétence n'a plus de raison d'être. C'est au lieu où s'ouvre la tutelle légale qu'est le centre des intérêts de l'enfant; c'est là que celui-ci est domicilié. Au surplus, nous pouvons argumenter, en faveur de notre opinion, du texte même de l'art. 389, al. 4. La loi prévoit deux hypothèses distinctes : 1° celle d'un enfant reconnu; 2° celle d'un enfant non reconnu. Pour chacune d'elles, le législateur édicte une règle différente. Nous ne sommes pas en présence de la deuxième hypothèse, puisque l'enfant est reconnu; il faut donc s'en tenir à la règle édictée en vue de la première.

On peut supposer un autre cas encore. Un enfant est reconnu par un de ses deux auteurs, son père ou sa mère, peu importe. Celui-ci est investi de la tutelle légale. Le siège de la tutelle est dans le lieu où il a son domicile au moment de la reconnaissance. L'autre auteur reconnaît ensuite son enfant, et il se fait attribuer par le tribunal l'exercice de la puissance paternelle. C'est donc lui qui désormais aura la tutelle. S'il est domicilié dans un arrondissement autre que celui où s'est ouverte la tutelle en la personne du tuteur qu'il remplace, y aura-t-il translation du siège de la tutelle? Les termes de la loi laissent la question douteuse. L'art. 389, al. 4, attribue compétence au tribunal du lieu du domicile du parent investi de la tutelle légale. Ces expressions peuvent s'appliquer, à la lettre, soit à celui des deux auteurs qui a le premier géré la tutelle, soit à celui qui actuellement en remplit les fonctions. Nous pensons que le siège de la tutelle n'est pas déplacé, et nous fondons notre manière de voir sur les raisons suivantes :

S'il devait y avoir translation du domicile de la tutelle, il faudrait décider que le tribunal compétent serait, non pas celui du domicile actuel du tuteur nouveau, mais celui du domicile que celui-ci avait au moment de la reconnaissance (art. 389, al. 4). Or il se peut que ce tuteur ait changé de domicile entre le jour où il a reconnu son enfant, et celui où la tutelle lui a été conférée. Et alors on ne voit pas quelle utilité il y aurait à opérer, dans ces conditions, le transfert

du siège de la tutelle. Il est bien préférable de ne pas dessaisir le tribunal déjà investi de la haute tutelle, puisque celui-ci est au courant des affaires du pupille.

D'autre part, si l'on rapproche l'une de l'autre les règles édictées par l'art. 389, al. 4, en vue des deux hypothèses qu'il envisage, l'idée suivante paraît s'en dégager. La loi a déterminé le tribunal compétent, en tenant compte de l'état de choses existant au moment où s'ouvre, soit la tutelle dative de l'enfant non reconnu, soit la tutelle légale de l'enfant reconnu. La nomination d'un nouveau tuteur datif n'a pas pour effet de transférer à un nouveau tribunal les fonctions du conseil de famille. Il doit en être de même du remplacement du tuteur légal par un autre tuteur légal. La loi paraît avoir supposé, en fixant, pour l'enfant reconnu, le siège de la tutelle, que le tuteur légal, dont le domicile détermine le tribunal compétent, est celui qui se trouve investi de la tutelle *au moment même de la reconnaissance*. Quant à l'autre auteur, qui n'a pas la tutelle au moment de la reconnaissance, il n'y a pas à tenir compte de son domicile.

En nous inspirant de l'idée que nous venons d'invoquer, nous donnerons des solutions analogues dans les hypothèses suivantes :

Les deux auteurs ont simultanément reconnu leur enfant. Ils sont, au moment de cette reconnaissance, domiciliés dans des arrondissements différents. Le siège de la tutelle sera fixé définitivement au lieu où le père (art. 383 et 389 cbn.) avait son domicile au jour de la reconnaissance. Peu importe qu'ensuite le tribunal confère à la mère l'exercice de la puissance paternelle, et en même temps la tutelle.

L'enfant ayant été reconnu par ses deux auteurs, le tuteur légal vient à cesser ses fonctions pour une cause quelconque. Cet événement, qui fait passer à l'autre auteur la tutelle légale, n'entraîne point le déplacement du siège de la tutelle.

Les diverses règles que nous venons d'exposer en ce qui concerne la compétence du tribunal n'ont du reste point pour sanction la nullité des décisions qui seraient prises par un tribunal incompétent. La loi n'a pas en effet édicté la nullité comme sanction de l'inobservation de ses prescrip-

tions. Si la question est portée devant les tribunaux, il est probable qu'ils appliqueront les solutions admises par la jurisprudence, relativement aux délibérations d'un conseil de famille irrégulièrement constitué (*supra*, n. 421).

670. Le tribunal, nous dit l'art. 389, al. 4, remplit, à l'égard des enfants naturels, les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes. Ses attributions sont donc exactement les mêmes que celles du conseil de famille. Il y a cependant, entre les décisions du tribunal et les délibérations du conseil de famille, certaines différences qui tiennent à la nature même des choses. Parmi les délibérations du conseil de famille, il en est qui doivent être homologuées par le tribunal de première instance. Il ne saurait évidemment être question de l'homologation judiciaire pour les décisions du tribunal jouant le rôle de conseil de famille. Comme on l'a dit au cours des travaux préparatoires, le tribunal ne peut pas homologuer ses propres décisions.

La loi ne veut pas que le public puisse pénétrer le secret des affaires du mineur. Aussi l'art. 389, al. 4, dispose-t-il que le tribunal statuera *en la chambre du conseil* sur toutes les questions qui lui seront soumises. Cette règle est formulée en termes généraux, et il faut l'appliquer, non seulement au cas où le tribunal exerce un acte de pure juridiction gracieuse, mais même dans celui où il prononce sur une excuse qui lui est soumise, ou sur la destitution du tuteur, quoique sa décision paraisse alors présenter, dans une certaine mesure, les caractères d'un acte de juridiction contentieuse. Dans tous les cas, la décision du tribunal doit être aussi secrète que l'aurait été celle du conseil de famille.

Sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle, le tribunal, nous dit l'art. 389, al. 4, statue d'office ou sur les réquisitions du ministère public. La disposition de ce texte nous paraît sur ce point incomplète, et nous pensons que le tribunal peut être saisi par toutes les personnes auxquelles appartient le droit de requérir la convocation du conseil de famille.

L'art. 389 al. 4 ajoute que, si l'enfant est reconnu, le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu, ou du moins

appelé, le père et la mère du mineur. Ceux-ci peuvent en effet avoir des renseignements utiles à fournir au tribunal. Le père et la mère doivent être également appelés, s'ils sont connus tous les deux. Le tribunal convoquera donc celui des deux auteurs qui n'a pas la tutelle aussi bien que celui qui en est investi. De là nous croyons pouvoir conclure que le père ou la mère qui, pour une cause quelconque, ne gère pas la tutelle de son enfant, devra être entendu. Le vœu de la loi nous paraît être que les père et mère comparaissent en personne ; ils n'ont pas à se faire représenter par un avoué et peut-être même faut-il décider que le ministère des avoués est prohibé en une pareille matière. Le législateur a voulu que l'on employât la procédure la plus simple et la plus économique possible. Dès lors ne faut-il pas également décider que la convocation du père et de la mère peut être faite autrement que par un acte d'huissier ?

670 *bis*. Reste une question singulièrement délicate. Les décisions prises par le tribunal sont-elles susceptibles d'être attaquées et par quels moyens? En s'en tenant strictement aux termes de la loi, on serait peut-être tenté de décider qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours. La loi nouvelle attribue en effet au *tribunal de première instance* les fonctions du conseil de famille. Le tribunal d'arrondissement paraît donc investi de pouvoirs souverains dans l'exercice de la haute tutelle qui lui est conférée. Et l'on ne peut faire intervenir la cour d'appel, à laquelle la loi n'a pas voulu attribuer la mission de veiller aux intérêts de l'enfant.

Une pareille solution nous paraît cependant difficilement admissible. Sans doute, la loi nouvelle ne renvoie pas à l'art. 883 C. pr., texte qui, d'ailleurs, étant donné la nature de ses dispositions, ne peut pas être appliqué aux décisions prises par le tribunal. Mais elle déclare, en principe, applicables à la tutelle des enfants naturels toutes les dispositions du titre *De la tutelle*, et par conséquent les art. 440, 448 et 449 qui, dans les hypothèses auxquelles ils se réfèrent, parlent d'un recours contre les délibérations du conseil de famille. Dans les cas dont il s'agit, la décision du tribunal pourrait donc être attaquée. Mais nous pensons qu'il faut aller plus

loin. On doit suivre, en cette matière, les règles, assez incertaines d'ailleurs, qui gouvernent la procédure devant la chambre du conseil ; or les décisions prises par le tribunal de première instance, en la chambre du conseil, ne sont pas nécessairement souveraines [1]. D'autre part, la loi a voulu assimiler le tribunal civil au conseil de famille, dans la mesure du possible. Pour lui donner satisfaction, il convient donc d'admettre que les décisions du tribunal peuvent faire l'objet d'un recours, dont nous aurons à déterminer la nature, lorsque la délibération du conseil de famille serait elle-même susceptible d'être attaquée.

I. Il est certains cas dans lesquels la décision du tribunal n'offre à aucun degré les caractères d'un acte de juridiction contentieuse. Si aucune contestation ne s'est élevée devant lui, cette décision ne constitue pas, à vrai dire, un jugement. Elle ne juge rien, puisqu'il n'y a pas de procès. Aussi ne peut-on lui reconnaître l'autorité de la chose jugée, que seuls possèdent les jugements proprement dits. Il en sera ainsi par exemple de l'acte par lequel le tribunal accorde au tuteur une autorisation qu'il sollicite.

De là nous tirerons la conséquence suivante : le tribunal pourrait rétracter la décision qu'il a prise, car il n'a pas été dessaisi par elle [2]. Supposons, par exemple, que le tuteur ait obtenu du tribunal l'autorisation de répudier une succession échue au mineur. Il peut ne pas utiliser cette autorisation et demander au tribunal celle d'accepter la succession au nom de son pupille, si, après plus amples renseignements, il estime que l'acceptation bénéficiaire est préférable à la répudiation. Et rien ne nous paraît s'opposer à ce que le tribunal fasse droit à sa requête. Le tribunal n'est pas plus lié par sa décision antérieure que le conseil de famille n'est lié par une autorisation qu'il aurait donnée au tuteur et que celui-ci n'a pas cru devoir utiliser. Il s'agit là, en effet, non pas, à vrai dire, d'un jugement, mais d'une formalité requise pour la validité d'un acte juridique.

[1] V. Goffin, *Chambre du conseil*, I, n. 64 s.
[2] Goffin, *op. cit.*, I, n. 27.

Si le tribunal, requis par le tuteur de l'autoriser à accomplir un acte juridique pour le compte du pupille, lui refuse cette autorisation, le tuteur peut se pourvoir contre sa décision. On doit suivre sur ce point des règles analogues à celles qui s'appliquent, par exemple, en matière d'autorisation de femme mariée. Le recours sera porté devant la cour d'appel, qui statuera elle-même en la chambre du conseil [1].

II. Il se peut que le tribunal n'ait pas été appelé simplement à statuer sur la nécessité ou la convenance d'un acte juridique intéressant le mineur. Il a, par exemple, nommé le tuteur ou le subrogé tuteur, ou prononcé sa destitution; statué sur une excuse invoquée par le tuteur ou le subrogé tuteur; conservé ou enlevé la tutelle à la mère, conformément à l'art. 396; confirmé ou invalidé le choix d'un tuteur testamentaire fait par la mère dans le cas de l'art. 399; ou encore imposé au tuteur des directions jugées par celui-ci inacceptables (par exemple en vertu des art. 454 et 455). La décision du tribunal peut-elle alors être attaquée? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse dans les hypothèses prévues par les art. 440, 448 et 449. Mais il n'en est pas de même pour les autres hypothèses, dont le législateur n'a point parlé d'une façon spéciale. Il nous paraît qu'il faut suivre par analogie les règles applicables au recours contre les délibérations du conseil de famille. La loi, ayant conféré au tribunal les fonctions du conseil de famille, n'a probablement pas entendu lui attribuer des pouvoirs plus étendus. Si l'on admet que les délibérations du conseil de famille sont souveraines dans certains cas (*supra,* n. 426), il faudrait décider qu'il en est de même des décisions prises par le tribunal dans les mêmes hypothèses. Sinon, il faudrait reconnaître que toutes les décisions du tribunal sont, sans distinction, susceptibles d'un recours devant la cour d'appel.

Par qui le recours pourra-t-il être formé? Il ne peut être évidemment question d'appliquer l'art. 883 C. pr. auquel la loi, avec raison, n'a pas renvoyé. Les principes généraux suf-

[1] Il s'agit là moins d'un appel véritable que d'un recours hiérarchique devant une autorité supérieure. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de procéd.*, VIII, p. 222.

fisent à nous indiquer la solution. Le recours pourra être formé, dans son intérêt personnel, par la personne dont les droits ont été lésés par la décision du tribunal (*supra*, n. 427). Dans l'intérêt du mineur, la décision du tribunal pourra être attaquée par le tuteur, par le subrogé tuteur, et même par le père ou la mère de l'enfant.

CHAPITRE III

DE L'ÉMANCIPATION

Notions générales.

671. Le mineur non émancipé est frappé d'une incapacité générale ; le majeur, au contraire, est doué d'une capacité complète. Le passage brusque de l'incapacité à la pleine capacité peut n'être pas sans danger. A ce point de vue, l'émancipation offre de précieux avantages : elle permet au mineur, grâce à la demi-capacité qu'elle lui confère, d'acquérir une certaine expérience des affaires, et constitue ainsi, comme l'a dit Berlier, une sorte de *stage*, ou mieux peut-être de *noviciat*, ayant pour but de préparer le mineur à l'avènement de sa majorité. Il aurait été désirable que ce stage fût imposé à tous les mineurs parvenus à un certain âge. C'était la première idée des rédacteurs du code civil : le projet établissait une émancipation de droit, qui se produisait lorsque le mineur était parvenu à l'âge de dix-huit ans [1]. Ce système, dont il est resté trace dans l'art. 384, qui fait finir l'usufruit légal à dix-huit ans, n'a pas été consacré par notre législateur. L'émancipation, telle qu'il l'a définitivement conçue, n'est plus qu'une faveur individuelle, accordée en général aux mineurs qui ont fait preuve d'une sagesse et d'une maturité précoces.

[1] Cette émancipation de droit n'était d'ailleurs admise qu'en faveur des mineurs en tutelle. Elle ne devait pas avoir lieu, lorsque, dans le cours du mois précédant le jour où le mineur atteignait sa dix-huitième année, une délibération du conseil de famille en avait déclaré le mineur incapable. — V. les art. 79 et 80 du projet ; Locré, VII, p. 145. — *Adde* Locré, VII, p. 193 s.

672. Définition de l'émancipation. — On a défini l'émancipation : « Un acte juridique, en vertu duquel un mineur est affranchi, soit de la puissance paternelle ou de l'autorité tutélaire, soit de l'une et de l'autre à la fois, lorsqu'il s'y trouvait simultanément soumis » (1).

673. On voit par cette définition que notre émancipation n'a rien de commun avec celle des Romains. A Rome, l'émancipation mettait fin à la puissance paternelle ; mais, loin d'être une cause d'extinction de la tutelle, elle en entraînait, au contraire, l'ouverture, lorsque l'enfant émancipé n'était pas encore parvenu à la puberté. L'émancipation s'appliquait donc à des enfants en puissance, et elle avait pour but et pour effet de les faire sortir de la famille et de rompre les liens civils qui les unissaient à leur *paterfamilias* et aux autres membres de la famille agnatique.

Il est probable qu'au début l'émancipation avait un caractère pénal. L'enfant était, à titre de peine, exclu de la famille, ce qui entraînait la perte des droits d'agnation. Châtiment plus grave que l'exhérédation, qui enlevait seulement à l'enfant ses droits de succession, sans le faire sortir de la famille (2).

Le caractère de l'institution se transforma avec le temps. On tendit de plus en plus à l'envisager comme un bienfait pour l'enfant qui en était l'objet. Non pas que l'émancipation donnât à l'enfant une capacité plus grande (car le fils de famille, en cette qualité, n'est pas incapable) ; mais elle le rendait indépendant en lui conférant la qualité de *paterfamilias*, et en lui permettant d'avoir désormais un patrimoine personnel et de conserver le bénéfice des acquisitions faites par lui après l'émancipation. Il est vrai que ces avantages étaient, dans une large mesure, compensés par les déchéances et les pertes résultant de l'émancipation. Mais on s'efforça de remédier à ces inconvénients de l'émancipation, et lorsque l'ancienne notion de la famille agnatique eut à peu près disparu, pour faire place à celle de la famille cognati-

(1) Demolombe, VIII, n. 177 ; Aubry et Rau, I, § 129, p. 831.
(2) Girard, *Manuel élém. de dr. romain*, p. 183, note 6.

que, lorsque le système des successions civiles se fut effacé devant celui des successions prétoriennes, l'idée nouvelle triompha et l'émancipation ne procura plus guère que des avantages à l'enfant émancipé.

Au début tout au moins, il n'existait pas d'acte juridique correspondant spécialement à l'émancipation. Jusqu'au Bas Empire, l'émancipation est conférée aux fils de famille par un de ces procédés dérivés, fruits de l'ingéniosité des prudents, que l'on rencontre si fréquemment dans la jurisprudence romaine. Pour atteindre le but auquel ils tendaient, les juristes détournèrent de sa portée primitive une règle des XII Tables, qui avait été édictée dans la vue de limiter les excès de la puissance paternelle. Le père de famille épuisait son droit de puissance paternelle par une mancipation, s'il s'agissait d'un petit-enfant ou d'une fille en puissance, ou par trois mancipations successives, séparées par des affranchissements, s'il s'agissait d'un fils. Et le tiers sous le *mancipium* duquel l'enfant se trouvait placé en définitive, ou le père de famille lui-même, si le tiers lui avait remancipé l'enfant, conférait à ce dernier la liberté par un affranchissement final.

Ces formes, quelque compliquées qu'elles fussent, restèrent cependant en usage pendant plusieurs siècles. L'émancipation par rescrit impérial fut introduite en 502 par une constitution d'Anastase [1], en faveur des enfants absents, qui ne pouvaient être émancipés par le mode ordinaire. Justinien abrogea complètement les règles anciennes, et, même pour les enfants présents, l'émancipation se fit désormais par une déclaration en justice [2].

Telles étaient, en droit romain, les conditions de forme de l'émancipation. Quant au fond, l'émancipation, au début, ne devait être soumise à aucune condition spéciale. Le père de famille, en vertu de ses pouvoirs souverains de magistrat domestique, émancipait l'enfant quand il le voulait et sans pouvoir y être contraint. Mais des règles nouvelles furent introduites, lorsque l'émancipation perdit son caractère

[1] *Emancipatio anastasiana*, L. 5, *C. J.*, VIII. 48 (49).
[2] *C. J.*, VIII, 48 (49).

pénal pour devenir un bienfait conféré à l'enfant. En premier lieu, on exigea que l'enfant consentît à l'émancipation ou tout au moins n'y fît pas opposition. Puis, dans certains cas, on obligea le père à émanciper son enfant (V. *supra*, p. 128). L'émancipation fut alors considérée comme un moyen de faire cesser la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant.

Si nous envisageons l'émancipation quant aux effets qu'elle produit, nous constatons une évolution analogue. Deux phases doivent, à cet égard, être distinguées dans l'histoire de l'émancipation.

A. Dans la première période, l'émancipation fait complètement sortir l'enfant de la *familia*. La *capitis deminutio* subie par lui rompt les liens d'agnation qui le rattachent au *paterfamilias* et aux membres de la famille agnatique ; il perd également tous ses droits sur le patrimoine familial. Il se trouve désormais sans parents ; sans espérances successorales, car les espérances successorales ont pour base la parenté ; sans biens présents, car le produit de son travail antérieur, ainsi que les biens qui lui ont été légués, restent dans la famille [1]. Mais il devient *sui juris* et peut, par la suite, acquérir un patrimoine.

B. Dans la seconde période, on s'attache à faire disparaître les déchéances qui résultent de l'émancipation. D'abord, grâce à la théorie des pécules, l'enfant peut avoir des biens personnels dès le moment de son émancipation. Puis, en ce qui concerne les relations de famille, on tend de plus en plus à conserver à l'enfant émancipé la situation et les droits qu'il avait avant l'émancipation. Si l'émancipation brise les liens de l'agnation, c'est-à-dire de la parenté purement civile, elle est impuissante à détruire la cognation, fondée sur la communauté d'origine. Or la cognation donne naissance à des droits qui l'emportent progressivement sur ceux que fait naître la parenté purement civile. Le droit héréditaire qui en découle, sanctionné tout d'abord par le droit prétorien, finit par absorber le droit héréditaire résultant de l'agnation. Et il vint un moment où les deux systèmes de succession,

[1] Girard, *op. cit.*, p. 185.

celui du droit civil et celui du droit prétorien, furent fondus par les Novelles en une seule et même institution.

En somme, dans le dernier état du droit, l'émancipation n'a plus guère que des avantages pour l'enfant émancipé. Aussi, d'assez bonne heure, et cela dès le temps de Constantin, on admit que l'émancipation pouvait être révoquée pour cause d'ingratitude.

A côté de l'émancipation expresse dont nous venons de parler, le droit romain admettait aussi des cas d'émancipation tacite résultant de la collation de certaines dignités. Mais l'émancipation par mariage est restée étrangère à la législation romaine.

674. Dans nos anciens pays de droit écrit, et dans les rares pays de coutumes où la puissance paternelle est reconnue, ce sont les principes du droit romain qui sont suivis, avec les modifications qu'y a introduites la jurisprudence des parlements. L'émancipation a pour but, comme en droit romain, d'affranchir l'enfant de la puissance paternelle, dans son propre intérêt; c'est ce que l'on appelle l'*émancipation des fils de famille*. Tout autre est le caractère de l'émancipation dans les pays de coutumes. Dans ceux-ci, la puissance paternelle est inconnue, c'est-à-dire qu'elle n'a pas ce caractère de perpétuité qui la distingue dans la législation romaine. L'émancipation est simplement un moyen de procurer au mineur une capacité restreinte. C'est l'*émancipation des mineurs*.

675. Dans les pays de droit écrit, l'émancipation pouvait être expresse ou tacite [1].

I. L'émancipation expresse, ou par acte, se faisait, en principe, devant le juge, qui en dressait procès-verbal. Dans le ressort de certains parlements, on admit que l'émancipation pouvait être faite devant notaire. Pour que l'émancipation fût possible, le consentement du père était, en règle générale, exigé, car l'émancipation le privait de ses droits sur l'enfant [2]. Le consentement de l'enfant était également requis,

[1] V. sur ce point Brugeilles, *Recherches historiques sur le droit écrit (Puissance paternelle)*, thèse Bordeaux, 1903, p. 155 s.

[2] Cependant, dans certains cas, le père pouvait être contraint d'émanciper son enfant.

car l'émancipation constituait pour lui un bienfait qu'il devait être libre de refuser. L'émancipation devait être générale et absolue; elle ne pouvait donc, telle était du moins la solution généralement admise, être conférée à l'enfant *quoad unum actum,* c'est-à-dire en vue d'un acte juridique déterminé.

II. Les pays de droit écrit connaissaient plusieurs cas d'émancipation tacite, dont les uns venaient du droit romain, et les autres avaient été admis sous l'influence des coutumes.

C'était d'abord l'émancipation résultant de l'accession du fils à certaines dignités, sur lesquelles d'ailleurs les anciens auteurs sont loin d'être d'accord.

C'était ensuite l'émancipation par habitation séparée. L'enfant était émancipé tacitement, lorsque, s'étant séparé volontairement de son père, il avait acquis un domicile séparé et mené pendant dix ans une existence indépendante.

Enfin la règle coutumière de l'émancipation par mariage s'était introduite dans les pays de droit écrit ressortissant au Parlement de Paris; mais elle n'était pas admise en général dans les autres pays de droit écrit.

Quel que fût le mode d'émancipation, les effets de l'émancipation étaient toujours les mêmes. L'émancipation, comme en droit romain, ne conférait pas au fils de famille une capacité nouvelle; si l'enfant était impubère, il était désormais placé en tutelle; si c'était un pubère, mineur de vingt-cinq ans, on lui donnait un curateur. L'émancipation avait pour effet de mettre fin à la puissance paternelle, et de rendre l'enfant *sui juris.*

676. L'émancipation des mineurs, dans les pays de coutumes, était une institution absolument différente. Sans doute, elle affranchissait l'enfant de l'autorité paternelle; mais tel n'en était pas le but. Le but de l'émancipation était de conférer au mineur une capacité restreinte. La cessation de la puissance paternelle en était simplement la conséquence.

On distinguait deux sortes d'émancipation : l'émancipation expresse et l'émancipation tacite.

I. L'émancipation expresse était accordée par lettres du Prince. C'était une institution analogue à celle de la *venia ætatis* du droit romain, dont elle paraît être dérivée. La *venia*

ætatis, introduite au IIIe siècle, avait pour but de remédier aux inconvénients résultant de la règle qui permettait au mineur de 25 ans de se faire restituer *in integrum* contre les actes qu'il avait faits, même avec le *consensus* de son curateur. La crainte de la *restitutio in integrum* empêchait souvent les tiers de contracter avec les personnes pubères, mineures de 25 ans, et la mesure de protection prise dans l'intérêt du mineur se retournait ainsi contre lui. Aussi les empereurs avaient-ils permis aux mineurs de solliciter la *venia ætatis*, ou dispense d'âge, qui leur était accordée par un rescrit impérial. La *venia ætatis* avait pour effet principal de rendre l'*in integrum restitutio* impossible à raison des actes postérieurs du mineur.

L'émancipation par lettres du droit coutumier ressemble à cette institution, mais elle produit des effets moins étendus. Le mineur émancipé n'acquiert qu'une capacité restreinte (1). Le mineur peut désormais toucher ses revenus sans aucune assistance; mais il reste frappé d'une incapacité générale, et, soit pour ester en justice, soit pour accomplir des actes de disposition, il lui faut l'assistance d'un curateur.

II. C'était une règle générale dans les pays de coutumes que le mariage émancipe de plein droit le mineur. A cette règle certaines coutumes apportaient cependant des restrictions diverses: les unes exigeaient l'habitation séparée; les autres exigeaient que le contrat de mariage ne contînt pas de disposition contraire. Le droit coutumier admettait également l'émancipation tacite par habitation séparée (2).

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES SORTES D'ÉMANCIPATION

677. Le code, à l'imitation de notre ancien droit coutumier, admet deux espèces d'émancipation : l'émancipation tacite, résultant de plein droit du mariage, et l'émancipation

(1) V. Bretonnier, *Quest. de droit*, v° *Puissance paternelle*; Ferrière, *Diction. droit et de prat.*, v° *Émancipation*.

(2) « Feu et lieu fait émancipation ». Loysel, *Inst. cout.*, règle 38.

expresse, résultant d'une déclaration de volonté de la personne ou des personnes chargées de la protection du mineur.

§ I. *De l'émancipation tacite.*

678. Aux termes de l'art. 476 : « *Le mineur est émancipé* » *de plein droit par le mariage* ».

Cette règle, empruntée à nos anciennes coutumes, trouve sa justification dans l'indépendance dont les époux ont nécessairement besoin. Dans nos mœurs, l'état de mineur en tutelle ou sous puissance paternelle est, avec raison, considéré comme incompatible avec celui d'époux. La dignité du mariage pourrait en souffrir. Cela est surtout vrai de l'homme qui est investi, par le mariage, de l'autorité maritale, et qui peut se trouver investi de l'autorité paternelle. Nos mœurs n'admettraient pas qu'un chef de famille pût être tenu dans les lisières de la tutelle ou de la puissance paternelle. Quant à la femme, son émancipation offre des avantages précieux, au point de vue de la gestion de ses intérêts; et elle n'a pas d'inconvénients, car la femme mariée trouve dans son mari un appui, un protecteur et un guide. Il fallait faire cesser la tutelle ou la puissance paternelle, car on ne pouvait admettre que l'autorité du mari entrât en conflit avec l'autorité d'un tuteur ou d'un père.

On a fait remarquer en outre [1] que, le mineur ne pouvant contracter mariage sans autorisation, cette autorisation est une garantie que l'émancipation ne présente pas de dangers pour lui. En donnant leur consentement au mariage du mineur, les père et mère ou ascendants, ou le conseil de famille, lui procurent indirectement l'émancipation. Il ne faut pas cependant attacher à cette idée une importance trop grande. Ce n'est pas en effet le consentement donné au mariage qui émancipe le mineur; l'émancipation est une conséquence du mariage, et c'est la loi elle-même qui déclare l'enfant émancipé. — De là il résulte que, pour l'émancipation tacite, il n'est pas nécessaire que les conditions requises pour l'émancipation expresse se trouvent réunies.

[1] Demolombe, VIII, n. 182; Laurent, V, n. 195.

Ainsi peu importe de quelle autorité émane le consentement nécessaire pour le mariage. Le mariage émancipe l'époux mineur, même si ce consentement a été donné par les aïeuls et aïeules, bien que ceux-ci ne puissent pas conférer directement l'émancipation au mineur.

De même aussi, un mineur de 18 ans, qui se marie, sera émancipé, même si son mariage a été autorisé par le conseil de famille, bien que cependant le conseil de famille ne puisse pas émanciper directement le mineur, âgé de moins de 18 ans.

De même encore, le mineur pourra se trouver émancipé, même avant qu'il ait atteint l'âge de 15 ans révolus, s'il a contracté mariage avec une dispense d'âge [1].

Tout cela s'explique parce que l'émancipation n'est pas le résultat d'une déclaration de volonté, mais que c'est la loi elle-même qui la prononce comme une conséquence nécessaire, comme un effet du mariage.

679. L'article 476 nous dit que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage; l'émancipation est donc un effet légal du mariage. Elle se produit de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une manifestation expresse de volonté. Bien plus, cet effet du mariage ne pourrait être écarté par aucune clause contraire; car il s'agit d'une règle d'ordre public, à laquelle il ne peut être porté atteinte par une convention particulière (Arg. art. 6).

680. Bien entendu, le mariage ne produit l'émancipation qu'autant qu'il est valable. Un mariage nul ne peut produire aucun effet juridique [2].

Cependant, tant que le mariage n'a pas été annulé, il est provisoirement considéré comme valable, et il est, par conséquent, susceptible de produire des effets. De là il résulte que, tant que le jugement d'annulation n'est pas intervenu, l'époux mineur devra être considéré comme émancipé par le mariage [3].

[1] Demolombe, VIII, n. 185; Laurent, V, n. 195; Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 3. — Cass., 21 fév. 1821, S., 21. 1. 188.

[2] Quelle est l'autorité du jugement qui annule le mariage ou le déclare valable? V. sur cette question le traité *Des personnes*, IV, n. 419.

[3] V. une application intéressante de ce principe, dans un arrêt de la cour de

681. Lorsque le mariage est annulé, l'époux mineur est censé n'avoir jamais été émancipé. Il convient cependant d'excepter le cas où le mariage a été déclaré putatif. Le mariage déclaré putatif produit tous les effets civils au profit des époux ou de l'époux de bonne foi ; donc aussi l'émancipation, s'il est mineur (arg. art. 201 et 202). Non seulement les actes faits par l'époux mineur avant le jugement d'annulation seront maintenus s'ils n'excèdent pas les limites de la capacité personnelle du mineur émancipé, mais l'on décide encore, quoique cela puisse paraître plus délicat, que l'époux conserve sa capacité pour l'avenir, car le mariage putatif produit les mêmes effets qu'un mariage valable dissous par le divorce ([1]).

682. La dissolution du mariage n'entraîne pas la cessation de l'émancipation. La loi n'attache pas l'émancipation à l'état de mariage ; elle en fait la conséquence de la célébration d'un mariage valable. Donc l'époux mineur reste émancipé s'il devient veuf ou divorcé, et cela quel que soit son âge ([2]).

683. Nous verrons même que l'émancipation tacite résultant du mariage est irrévocable, à la différence de l'émancipation expresse. Le bénéfice n'en peut être retiré à l'époux mineur, alors même qu'il aurait abusé de son émancipation.

684. Le mariage est, dans notre droit actuel, le seul fait qui produise l'émancipation tacite. Les autres cas d'émancipation tacite admis dans l'ancien droit ont été répudiés par le code.

§ II. *De l'émancipation expresse.*

685. L'émancipation expresse résulte d'une déclaration de volonté faite par certaines personnes ayant autorité sur l'enfant. Ces personnes sont, soit le père ou la mère investi de la puissance paternelle, soit le conseil de famille. Les deux cas d'émancipation expresse ne sont pas soumis absolu-

Turin, 14 juil. 1807, S., 08. 2. 43. *Adde* Demolombe, VIII, n. 187 ; Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 6.

([1]) Laurent, V, n. 195 ; Huc, III, n. 466 ; Aubry et Rau, I, § 129, p. 832.

([2]) Demolombe, VIII, n. 186 ; Laurent, V, n. 195 ; Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 5. — Cass., 21 février 1821, *supra*.

ment aux mêmes règles, soit quant à la forme, soit quant aux conditions de fond. Il faut distinguer les deux hypothèses.

N° 1. Emancipation conférée par le père ou la mère.

686. L'enfant a encore son père et sa mère, ou l'un de ses deux auteurs. Supposons d'abord qu'il s'agisse d'un enfant légitime. Nous nous occuperons ensuite des enfants naturels.

687. L'art. 477 dispose : « *Le mineur, même non marié* [1], » *pourra être émancipé par son père ou, à défaut de père,* » *par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans* » *révolus.*

» *Cette émancipation s'opèrera par la seule déclaration du* » *père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son* » *greffier* ».

Ainsi l'émancipation peut avoir lieu dès l'âge de 15 ans, sans distinction de sexe. On a pensé qu'il n'y avait pas d'inconvénients à permettre l'émancipation à 15 ans, bien qu'un mineur n'ait pas, en général, à cet âge, une maturité suffisante. Le père ou la mère, ordinairement, n'usera de son pouvoir qu'à bon escient. Contre les émancipations prématurées, la loi a pensé que l'enfant est garanti d'abord par l'affection du père ou de la mère, par la connaissance que celui-ci a de son caractère, et aussi par l'intérêt personnel du père ou de la mère, car, en émancipant son enfant avant l'âge de 18 ans, il perd son droit de jouissance légale qu'il aurait conservé autrement jusqu'à la 18e année de l'enfant.

688. La forme de l'émancipation est très simple. Il suffit, nous dit l'art. 477, que le père ou la mère fasse une déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier.

L'émancipation est un acte juridique solennel, dans lequel la forme est prescrite à peine d'inexistence. Si la déclaration du père ou de la mère intervenait dans une autre forme, elle ne pourrait produire aucun effet. Ainsi l'émancipation serait sans valeur, si elle était faite devant un notaire, ou en justice.

[1] Dans ce texte, les mots « même non marié » n'ont pas de sens. Ils doivent être supprimés.

689. La déclaration doit être expresse. Il s'agit en effet d'un acte grave qui, d'une part, confère au mineur une capacité nouvelle, et, d'autre part, prive le père ou la mère des prérogatives attachées à la puissance paternelle. Il faut donc que la déclaration du père ne laisse aucun doute sur sa volonté d'émanciper l'enfant.

690. On admet généralement que la déclaration du père ou de la mère ne peut pas être faite devant tout juge de paix quelconque, mais qu'elle ne peut être faite valablement que devant le juge de paix du domicile du mineur. Généralement, le domicile du mineur est le même que celui du père ou de la mère, mais il n'en est pas toujours ainsi, comme nous le verrons bientôt.

En effet, la règle générale pour les actes juridiques qui intéressent une personne est qu'ils se font à son domicile. Cette règle est particulièrement suivie en matière de minorité, de tutelle et d'émancipation. Il est incontestable que, dans les cas prévus par l'art. 478 (émancipation par le conseil de famille), le juge de paix compétent n'est pas un juge de paix quelconque, puisqu'il agit comme président du conseil de famille. Donc, dans le cas de l'art. 477, il doit en être de même. Puis cette solution a l'avantage de permettre aux tiers de se procurer facilement la preuve de l'émancipation; ils sauront que l'émancipation est constatée sur les registres de la justice de paix du domicile du mineur [1].

Cette solution est cependant contestée par certains auteurs [2]. Ceux-ci reconnaissent à tout juge de paix quelconque, et non pas seulement à celui du domicile du mineur, l'aptitude à recevoir les déclarations d'émancipation. Ils invoquent tout d'abord les précédents historiques. En outre, ajoutent-ils, l'émancipation résulte d'une déclaration de volonté du père ou de la mère; or la volonté produit toujours les mêmes effets, quel que soit le lieu où elle se manifeste. Enfin, les tiers n'ont pas grand intérêt à avoir la preuve de l'émancipation; s'ils n'ont pas cette preuve, ils n'ont qu'à refuser de

(1) Demolombe, VIII, n. 194; Huc, III, n. 472. — Pau, 13 mars 1888, D., 88. 2. 283. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 10 *bis*.

(2) Laurent, V, n. 197.

traiter avec le mineur; c'est donc celui-ci qui est particulièrement intéressé à prouver son émancipation. Peu importe donc, à ce point de vue, que l'émancipation ait eu lieu devant le juge de paix du domicile ou devant un autre juge de paix.

691. Le juge de paix joue un rôle purement passif. Il se borne à enregistrer la déclaration du père ou de la mère. Il ne peut se refuser à la recevoir. L'art. 477 nous dit en effet que l'émancipation s'opère par la *seule* déclaration du père ou de la mère.

692. *La seule déclaration,* dit la loi. Donc le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire. Celui-ci ne peut pas refuser le bénéfice de l'émancipation.

693. Aucun recours n'est possible, en principe ([1]), contre l'émancipation conférée par le père ou par la mère, car la puissance paternelle n'est pas soumise, quant à son exercice, au contrôle des tribunaux ([2]).

694. Auquel des père et mère appartient la faculté d'émanciper l'enfant? Plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

695. I. Supposons d'abord que le père et la mère, non divorcés ou séparés de corps, soient tous les deux vivants et capables, en droit et en fait, d'exercer la puissance paternelle. Il résulte de la disposition formelle de l'art. 477 que le droit d'émanciper appartient alors au père. Le père n'a pas besoin du concours de la mère, et, s'il se refuse à émanciper l'enfant contre le vœu de celle-ci, aucun recours n'est possible contre sa décision ([3]).

696. II. Voici maintenant une hypothèse particulièrement délicate. Il se peut que, les père et mère étant d'ailleurs, tous les deux, vivants et capables, le divorce ou la séparation de corps ait été prononcé entre eux.

A. Si la garde de l'enfant a été confiée au père, pas de difficulté. Il est certain que celui-ci conserve intacte la faculté d'émanciper l'enfant.

(1) V. cep. *infra*, n. 696.

(2) Laurent, V, n. 199, 203. — Bordeaux, 14 juil. 1838, S., 39. 2. 73. — V. cep. Paris, 4 déc. 1894, D., 95. 2. 484.

(3) Demolombe, VIII, n. 198.

B. Mais que faut-il décider si la garde de l'enfant n'a pas été confiée au père ? La question est des plus délicates.

Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas cesser la puissance paternelle. Mais l'art. 302 C. civ. donne aux tribunaux le pouvoir de statuer sur la garde de l'enfant. La décision de justice qui confie à l'un des deux époux la garde de l'enfant n'enlève pas à l'autre époux la jouissance de la puissance paternelle et, d'autre part, elle a un caractère purement provisoire. Si la mère a été constituée gardienne de l'enfant, elle ne peut pas sans doute émanciper son enfant ; car elle ne peut priver le père de son droit de puissance paternelle (1). Mais, d'autre part, il ne doit pas être permis au père de réduire à néant, par sa seule volonté, la décision de la justice qui a confié à la mère l'exercice de la puissance paternelle. En définitive, si le père a émancipé l'enfant sans le consentement de la mère, il faut permettre à celle-ci d'attaquer l'émancipation, et le tribunal devra annuler l'émancipation, s'il lui apparaît que le père en a usé frauduleusement, comme d'un moyen de faire cesser les effets du jugement et d'enlever à la mère la garde de l'enfant. Car l'émancipation n'est admise que dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution se fonde sur le pouvoir de contrôle que l'art. 302 confère aux tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle après le divorce ou la séparation de corps ; pouvoir de contrôle auquel il n'a été porté aucune atteinte par la loi du 24 juillet 1889, qui a laissé subsister sur ce point les dispositions de l'art. 302 (2).

La même solution doit être admise au cas où la garde

(1) Si l'enfant a été confié à celui des époux au profit duquel a été prononcé le divorce ou la séparation de corps, le consentement de cet époux suffit pour que l'enfant puisse se marier valablement (art. 152 C. civ.). Or le mariage émancipe l'enfant. Ne faut-il pas en conclure que la mère, si elle a été constituée gardienne de l'enfant, et si le divorce ou la séparation a été prononcé à son profit, peut conférer à son enfant l'émancipation expresse ? Nous ne le pensons pas. L'art. 152 est un texte exceptionnel, qui ne doit pas être étendu. Autre chose est l'émancipation tacite, qui est un effet légal du mariage, et autre chose l'émancipation expresse.

(2) Demolombe, VIII, n. 200 ; Laurent, V, n. 199 ; Aubry et Rau, I, § 129, note 9 *bis*. — Trib. de la Seine, 6 mars 1862, S., 62. 2. 394. — Trib. de la Seine, 12 juin 1891, D., 93. 2. 372. — V. cep. Huc, III, n. 468.

aurait été confiée à une tierce personne. Il y a, nous semble-t-il, les mêmes raisons de décider [1].

697. III. Si l'un des auteurs est décédé, c'est au survivant qu'appartient l'exercice de la puissance paternelle, et, par conséquent, le pouvoir d'émanciper l'enfant. La mère pourra donc conférer l'émancipation, après le décès du père (art. 477).

Ce droit appartient à la mère, même si elle a contracté un nouveau mariage. En supposant que le conseil de famille l'ait maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit, elle n'a pas besoin, pour émanciper ceux-ci, de l'assistance de son deuxième mari, cotuteur de droit. Elle agit, en effet, non en qualité de tutrice, mais en vertu de la puissance paternelle dont elle a l'exercice [2].

Si le père prédécédé a nommé à la mère un conseil de tutelle, l'assistance de ce conseil ne sera jamais nécessaire à la mère qui veut émanciper son enfant. Car cette assistance est requise seulement pour les actes de la tutelle, et il ne s'agit pas ici d'un acte de la tutelle.

Le survivant des père et mère conserve la faculté d'émanciper l'enfant, alors même qu'il ne serait pas investi de la tutelle, pourvu, bien entendu, qu'il ne soit pas déchu de la puissance paternelle, car le pouvoir d'émanciper est un attribut de la puissance paternelle, dont le survivant a la jouissance et l'exercice.

Cette solution est unanimement admise, soit au cas où la mère a refusé la tutelle [3], soit au cas où le père s'est fait excuser de la tutelle, soit au cas où la mère remariée n'est pas maintenue dans la tutelle par le conseil de famille, soit même à celui où la mère, remariée, est déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille avant la célébration de son mariage. Ces faits n'impliquent nullement l'indignité personnelle du survivant des père et mère.

[1] Cpr. req. Cass., 4 avril 1865, S., 65. 1. 257, D., 65. 1. 387.

[2] Demolombe, VIII, n. 203; Huc, III, n. 471. — *Contra* Laurent, V, n. 202. — Trib. de Rennes, 21 déc. 1840, *J. G.*, v° *Min.*, n. 774.

[3] Bordeaux, 14 juil. 1838, S., 39. 2. 73. — L'arrêt fait cependant, dans ses motifs, certaines réserves sur ce point.

La question est plus délicate, lorsque le survivant est exclu ou destitué de la tutelle [1]. Nous pensons cependant que celui-ci conserve le pouvoir d'émanciper son enfant, car l'exclusion ou la destitution de la tutelle n'entraîne pas, par elle-même, la déchéance de la puissance paternelle [2]. Avant la loi du 24 juillet 1889, on admettait que les tribunaux pouvaient alors exercer un pouvoir de contrôle, dans l'intérêt de l'enfant, et l'on permettait au tuteur de faire annuler l'émancipation, lorsque le père ou la mère, en la conférant, avait agi, non dans l'intérêt véritable de l'enfant, mais uniquement dans la vue de mettre fin à la tutelle [3]. En serait-il de même aujourd'hui ? Nous ne le pensons pas. La loi du 24 juillet 1889 a inauguré un système nouveau ; elle a supprimé le droit de contrôle des tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle ; et le seul pouvoir que l'on puisse actuellement reconnaître aux tribunaux, c'est celui de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, dans les cas énumérés par la loi.

698. IV. Les deux auteurs sont vivants, mais l'un d'eux est incapable ou indigne d'exercer la puissance paternelle.

Si le père est capable, pas de difficulté : Il conserve intacts ses droits de puissance paternelle.

Mais c'est une question délicate que celle de savoir si le droit d'émancipation appartient à la mère quand le père, vivant, se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle.

699. Il y a un cas que la loi a prévu expressément, c'est celui où le père a encouru la déchéance de la puissance paternelle. L'art. 9 de la loi du 24 juillet 1889 appelle le tribunal à délibérer sur les droits de la mère. Il peut maintenir la mère dans l'exercice de la puissance paternelle ou le lui enlever. Dans le premier cas, la mère exerce tous les

(1) Delvincourt, I, p. 130, note 2.

(2) Proudhon, II, p. 426; Duranton, III, n. 656; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § 227, note 11; Demolombe, VIII, n. 204; Laurent, V, n. 240; Huc, III, n. 468; Aubry et Rau, I, § 129, p. 832. — Bordeaux, 7 janv. 1852, S., 52. 2. 276. — Cass., 3 mars 1856, S., 56. 1. 408. — Caen, 4 déc. 1867, S., 68. 2. 228, *J. G., Suppl.*, v° *Min.*, n. 266.

(3) Bordeaux, 7 janv. 1852, S., 52. 2. 275, D., 52. 2. 200. — Caen, 4 déc. 1867, *supra*.

droits de la puissance paternelle et, par conséquent, le droit d'émanciper. Dans le cas contraire, il convient d'appliquer l'art. 14 de la loi précitée, aux termes duquel « en cas de » déchéance de la puissance paternelle, les droits du père » et, à défaut du père, les droits de la mère, quant..... à » l'émancipation, sont exercés par les mêmes personnes que » si le père et la mère étaient décédés, sauf les cas où il aura » été décidé autrement, en vertu de la présente loi ». — La rédaction de ce texte est assez ambiguë, et elle a donné lieu à des interprétations diverses (1).

700. La loi n'a pas statué sur les autres hypothèses. Que faut-il donc décider, si le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, à raison de son absence, de son état de démence ou de son interdiction?

Certains auteurs refusent absolument à la mère la faculté d'émanciper son enfant (2). Le texte ne dit pas que ce pouvoir lui appartient : *à défaut* DU *père*, il dit : *à défaut* DE *père*, ce qui signifie rigoureusement : quand le père est mort. En effet, dit-on, la mère n'exerce la puissance paternelle, lorsque le père en est incapable, que provisoirement et par délégation du père. Le père absent peut reparaître; l'interdiction du père peut être levée; il ne faut pas que la mère puisse accomplir un acte irréparable, tel que l'émancipation.

D'autres auteurs distinguent suivant que l'enfant a plus ou moins de dix-huit ans. S'il n'a pas dix-huit ans révolus, la mère ne peut pas l'émanciper (3). Car il ne lui est pas permis de priver le père de son usufruit légal (4). Dans le cas contraire, ce motif ne pouvant être invoqué, l'enfant peut être émancipé par sa mère.

Nous pensons que ces distinctions doivent être rejetées et que la mère a, dans notre hypothèse, les mêmes pouvoirs que le père lui-même; c'est-à-dire qu'elle pourra émanciper

(1) Cf. *supra*, n. 275.

(2) Toullier, II, n. 1287; Proudhon, II, p. 425.

(3) A moins cependant que l'absence du père ne soit déclarée, car l'absence déclarée équivaut à la mort. Marcadé, II, art. 477, n. 2; de Fréminville, II, n. 1028.

(4) On a cependant enseigné que l'enfant peut être émancipé à tout âge par sa mère, mais que l'usufruit légal est réservé au père. Duranton, III, n. 655.

l'enfant, même si celui-ci a moins de dix-huit ans révolus, et que l'émancipation conférée par elle produira tous les effets qui découleraient de l'émancipation conférée par le père.

Sans doute, l'art. 477 dit « à défaut de père », et non « à défaut du père », ce qui semble ne s'appliquer qu'au cas où le père est décédé. Mais d'abord, il se peut que la loi ait statué *de eo quod plerumque fit*. Puis, à tout prendre, les expressions *à défaut de père* peuvent très bien cadrer avec notre solution. La loi ne tient compte du père, en pareille matière, que lorsque celui-ci est en état d'exercer la puissance paternelle. Et *à défaut de père* signifie : *à défaut de père capable d'exercer la puissance paternelle.*

L'art. 2 du code de commerce fournit en ce sens un argument solide. Il prévoit l'hypothèse d'un mineur émancipé, qui veut faire le commerce. Pour qu'il soit capable de le faire, il faut qu'il soit autorisé par certaines personnes. Les personnes qui peuvent l'y autoriser sont évidemment les mêmes que celles qui peuvent lui conférer l'émancipation. Or le texte dit expressément que la mère peut autoriser son enfant en cas de décès, absence ou interdiction du père.

Du reste, il est tout à fait conforme à la notion de la puissance paternelle et au but de l'émancipation de reconnaître à la mère un pareil pouvoir. La puissance paternelle est organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant ; il en est de même de l'émancipation, qui tend à conférer à l'enfant une capacité spéciale dans son intérêt personnel. Il est impossible que l'incapacité de droit ou de fait dont le père se trouve frappé empêche l'enfant d'être émancipé, lorsque son intérêt l'exige. Il faut reconnaître à la mère le pouvoir d'émanciper l'enfant lorsqu'elle se trouve exceptionnellement investie de l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage.

La mère investie de l'exercice de la puissance paternelle n'agit pas, comme on le prétend, en vertu d'un pouvoir délégué. Elle agit en vertu d'un droit propre. La jouissance de la puissance paternelle appartient en effet également aux deux époux pendant le mariage. Si le père seul en a l'exercice, c'est parce qu'il faut bien que l'enfant soit soumis à une direction unique ; c'est parce que le père est en état d'exercer la puis-

sance paternelle que la mère n'en a pas l'exercice. Mais dès que le père est empêché, en droit ou en fait, la mère prend naturellement l'exercice du droit dont elle a la jouissance. Ses actes auront les mêmes effets que ceux que le père aurait faits lui-même. Or le père, en émancipant son enfant, aurait privé la mère de son droit éventuel de jouissance légale ; donc la mère, en émancipant son enfant, peut également priver le père de son droit d'usufruit [1].

701. Nous avons supposé jusqu'ici qu'il s'agit d'un enfant légitime. En ce qui concerne l'émancipation d'un enfant naturel reconnu par ses deux auteurs ou par l'un d'eux, les règles suivantes doivent être observées.

I. Si l'enfant a été reconnu par un seul de ses père et mère, la faculté de l'émanciper appartient à celui qui l'a reconnu (art. 383, al. 3, L. 2 juil. 1907). L'émancipation ainsi conférée à l'enfant sera définitive, et si l'enfant est ensuite reconnu par son autre auteur, celui-ci ne pourra pas en demander l'annulation.

II. Lorsque la filiation de l'enfant est légalement établie à l'égard de ses deux auteurs, le pouvoir de l'émanciper appartient à celui qui est investi de l'exercice de la puissance paternelle, sans distinction entre le père et la mère. Cette solution résulte, à n'en pas douter, des termes généraux du nouvel art. 383, dont la disposition, nous l'avons déjà noté, est beaucoup plus large que celle de l'art. 302 C. civ., et ne peut donner lieu aux mêmes difficultés [2].

N° 2. Émancipation conférée par le conseil de famille.

702. Aux termes de l'art. 478, al. 1 : « *Le mineur resté « sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de « dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de « famille l'en juge capable* ».

Ainsi le conseil de famille peut émanciper l'enfant. Mais deux conditions sont requises pour cela.

703. I. Il faut que l'enfant ait au moins dix-huit ans révo-

[1] Demolombe, VIII, n. 210; Laurent, V, n. 201; Huc, III, n. 470; Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 10.

[2] Cpr. Glaz. op. cit., n. 61 à 63.

lus [1]. Nous avons vu au contraire que le père ou la mère peut émanciper l'enfant à partir de quinze ans. Pourquoi cette différence? La loi a moins de confiance dans le conseil de famille que dans le père ou la mère. Elle a craint que le conseil de famille ne se laissât entraîner, par indifférence, à émanciper un enfant qui n'a pas encore une expérience suffisante. Puis, il y a une autre raison encore de cette différence. L'enfant émancipé par le père ou la mère reste sous l'autorité morale de celui-ci; il peut donc recevoir de lui des conseils utiles; au contraire, l'enfant émancipé par le conseil de famille acquiert, en fait comme en droit, une indépendance complète; car le plus souvent il échappera à la direction de son ancien tuteur.

704. II. Il faut, en outre, que l'enfant reste *sans père, ni mère*. Il ne suffit donc pas que la tutelle soit ouverte. Il faut que la puissance paternelle ait cessé. Tant que l'enfant est soumis à la puissance paternelle, c'est au père ou à la mère, investi de la puissance paternelle, qu'il appartient d'émanciper son enfant.

Le conseil de famille a certainement compétence pour émanciper l'enfant, lorsque celui-ci a perdu son père et sa mère.

Quid au cas où les père et mère sont simplement empêchés d'exercer la puissance paternelle, par suite d'un obstacle de droit ou de fait? Par exemple l'un des auteurs est décédé; le survivant est absent ou interdit. Nous pensons que le conseil de famille peut alors émanciper l'enfant. Les expressions « sans père ni mère » ont le même sens que les mots « à défaut de père » de l'art. 477. Elles signifient « sans père ni mère en état d'exercer la puissance paternelle ». Il est inadmissible que l'enfant soit privé du bénéfice de l'émancipation par ce fait que ses auteurs sont dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle. Les intérêts de l'enfant doivent passer avant ceux du père ou de la mère absent ou interdit. D'ailleurs l'émancipation ne cause pas à l'absent ou à l'interdit un trop grave préjudice, puisque l'émancipation ne peut

[1] L'émancipation conférée avant cet âge ne pourrait produire aucun effet et ne pourrait pas être validée rétroactivement. Alger, 26 juin 1888, D., 89. 2. 242.

être conférée avant l'âge de 18 ans, et que, à cet âge, le droit de jouissance légale a pris fin (1).

La question cependant est discutée par les auteurs.

I. Les uns prétendent que l'émancipation est impossible, au moins dans le cas où les deux auteurs sont vivants (tous deux sont absents, ou interdits; ou l'un est absent, l'autre interdit) (2). Car alors la tutelle n'est pas ouverte, et il n'y a pas de conseil de famille.

II. D'autres disent (3) que la délibération du conseil de famille doit être soumise à l'homologation du tribunal, tout au moins au cas de présomption d'absence. Le tribunal devra alors examiner l'utilité de l'émancipation et constater la disparition du père ou de la mère (arg. art. 112 C. civ.).

705. Les deux conditions ci-dessus étant réunies, le mineur peut être émancipé. Il n'est pas nécessaire que la tutelle ait été effectivement organisée, et que le mineur ait été pourvu d'un tuteur. Le consentement du mineur n'est pas non plus nécessaire.

706. Comme on le voit, c'est au conseil de famille et non pas au tuteur qu'appartient la faculté d'émanciper l'enfant. La loi s'est défiée du tuteur. Elle a craint tout d'abord que, pour se décharger des embarras et de la responsabilité de la tutelle, le tuteur n'émancipât trop tôt le mineur. Peut-être aussi le cas inverse pourrait-il se présenter. Le tuteur qui a commis des irrégularités dans la gestion de la tutelle aurait peut-être voulu garder la tutelle jusqu'à la majorité du pupille, pour continuer sa gestion irrégulière et retarder le moment où sa fraude serait découverte (4).

707. A qui appartient la faculté de requérir cette émancipation? L'art. 479 dit à ce sujet :

« *Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour* « *l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article* « *précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce* « *mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus*

(1) Laurent, V, n. 205.
(2) Marcadé, II, p. 290.
(3) Demante, II, n. 244 *bis*; Demolombe, VIII, n. 224.
(4) Demolombe, VIII, n. 213, 217; Laurent, V, n. 206.

» *proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront* » *requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille* » *pour délibérer à ce sujet. Le juge de paix devra déférer à* » *cette réquisition* ».

Ainsi certaines personnes ont la faculté de requérir la convocation du conseil de famille.

D'abord le tuteur. Il a la garde du mineur puisque celui-ci est sans père ni mère. Donc il est mieux à même que tout autre d'apprécier la capacité du mineur. Mais comme le tuteur peut avoir intérêt, ainsi qu'on vient de le voir, à conserver la tutelle, le législateur n'a pas voulu qu'à lui seul appartînt le droit de provoquer l'émancipation qui doit y mettre fin, en requérant la convocation du conseil de famille. L'art. 479 donne en outre le droit de réquisition aux parents ou alliés du mineur, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement.

Le droit de réquisition, étant exceptionnel, n'appartient à nulle autre personne. Ainsi le ministère public, le subrogé tuteur, les parents ou alliés au delà du degré de cousin germain, n'ont pas le droit de réquisition. Le mineur lui-même ne peut pas provoquer son émancipation (1).

708. Nous ne pensons pas que le juge de paix puisse convoquer d'office le conseil de famille, puisqu'aucun texte ne le lui permet (2).

709. Une fois le conseil de famille réuni, c'est lui qui est constitué juge de l'utilité de l'émancipation (3).

710. Les formes de l'émancipation sont déterminées par l'art. 478, al. 2 : « *En ce cas, l'émancipation résultera de la* » *délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que* » *le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura* » *faite dans le même acte,* QUE LE MINEUR EST ÉMANCIPÉ ».

(1) De Fréminville, II, n. 1026; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 227, note 21; Duranton, III, n. 662; Demolombe, VIII, n. 218 s.; Laurent, V, n. 206; Aubry et Rau, I, § 129, texte et notes 13 à 15. — Cpr. Toullier, II, n. 1290; Proudhon, II, p. 428; Zachariæ, I, § 227, texte et note 21.

(2) La question est cependant controversée. V. *supra*, n. 405.

(3) Sa décision, sur ce point, est-elle susceptible de recours ? V. *supra*, n. 426. — Cpr. Toulouse, 22 février 1854, D., 54. 2. 239, S., 54. 2. 197; Demolombe, VIII, n. 215; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 227, note 20; Aubry et Rau, I, § 129, texte et note 17.

710 *bis*. En ce qui concerne les enfants naturels non reconnus, ou les enfants naturels reconnus, dont les père et mère sont décédés ou privés de l'exercice de la puissance paternelle, ils peuvent être émancipés par le tribunal de première instance, qui, aux termes du nouvel art. 389 al. 4, remplit les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes. L'alinéa 5 du même texte déclare en effet applicables aux enfants naturels toutes les dispositions du titre *De la tutelle*. Or les art. 478 et 479 sont compris dans ce titre. Ces deux articles devront donc être appliqués *mutatis mutandis*. L'émancipation ne pourra être conférée au mineur que lorsqu'il aura 18 ans accomplis. Elle résultera de la décision prise par le tribunal en la chambre du conseil. Elle pourra être provoquée par le tuteur et, si celui-ci ne fait pas les diligences nécessaires, par le ministère public. Le tribunal pourra même statuer d'office (arg. art. 389 al. 4).

711. Il nous reste à signaler sommairement certains cas particuliers d'émancipation expresse.

A. *Pupilles de l'assistance publique*. — Aux termes de la loi du 27 juin 1904, art. 13, modifié par la loi du 18 décembre 1906 : « *Les attributions du tuteur et du conseil de famille sont celles que détermine le Code civil..... Ces attributions comprennent, notamment, le droit de donner ou de refuser le consentement..... à l'émancipation..... Dans les cas d'émancipation, le tuteur ou son délégué est seul tenu de comparaître devant le juge de paix. — L'acte d'émancipation est délivré sans frais* ».

B. La loi du 24 juillet 1889 autorise, dans son titre II, la délégation de la puissance paternelle avec ou sans le consentement des parents. Dans tous les cas, la puissance paternelle est déléguée à l'Assistance publique, qui en a la jouissance conformément à la loi du 27 juin 1904. Mais l'exercice de cette puissance peut être conféré, en tout ou en partie, à un particulier ou à une association. Dans la mesure de la délégation qui lui aura été faite, l'association ou le particulier gardien de l'enfant exercera les pouvoirs de l'Assistance publique, notamment le pouvoir d'émanciper l'enfant.

SECTION II

DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

712. L'émancipation produit un triple effet :

1° Elle entraîne l'extinction de la puissance paternelle *stricto sensu,* et aussi de la tutelle, lorsque celle-ci a été organisée.

2° L'administration légale du père ou de la mère, ou la tutelle, est remplacée par la curatelle.

3° Le mineur émancipé acquiert une capacité restreinte.

A chacun de ces effets de l'émancipation, nous consacrerons un paragraphe distinct.

§ I. *Extinction de la puissance paternelle et de la tutelle.*

713. Tantôt l'émancipation fera simplement cesser la tutelle ou la puissance paternelle; tantôt elle mettra fin, à la fois, à la tutelle et à la puissance paternelle.

Il se peut que la tutelle n'ait pas été organisée avant l'émancipation. C'est ce qui se produit normalement lorsque les père et mère sont encore vivants. L'émancipation ne fait alors cesser que la puissance paternelle.

Dans le cas où la tutelle de l'enfant était déjà ouverte, deux hypothèses doivent être distinguées :

a. Si les deux auteurs sont décédés, ou sont tous deux privés de l'exercice de la puissance paternelle, la tutelle seule prend fin par l'émancipation.

b. Si l'enfant a encore un de ses père et mère, et que celui-ci ait conservé l'exercice de la puissance paternelle, l'émancipation affranchit l'enfant à la fois de la tutelle et de la puissance paternelle.

714. Lorsque la tutelle était antérieurement ouverte, le tuteur est obligé de rendre ses comptes au mineur émancipé assisté de son curateur (art. 480) [1]. Faut-il appliquer l'art.

[1] Le compte peut être rendu à l'amiable. — Zachariæ, et Massé et Vergé, I, § 220, texte et note 6; Laurent, V, n. 129 et 130. — Cass., 23 août 1837, S., 37. 1. 977. — *Contra* Limoges, 3 avril 1838, S., 38. 2. 423. — Toullier, II, n. 1250.

472 C. civ. aux traités relatifs à la gestion tutélaire qui interviendront entre le tuteur et le mineur émancipé assisté de son curateur? La question nous paraît devoir être résolue négativement. Il y a, pour le décider ainsi, des raisons qui nous semblent péremptoires.

D'abord l'art. 472 est certainement un texte exceptionnel, puisqu'il édicte une incapacité spéciale. A ce titre, il doit être interprété restrictivement et ne doit pas être étendu à une hypothèse autre que celle que le législateur a spécialement prévue. Or, le texte parle du traité intervenu entre le tuteur et le mineur *devenu majeur*. Et il s'agit ici d'un traité intervenu entre le tuteur et le mineur émancipé assisté de son curateur.

En sens contraire, on invoque l'esprit de la loi. Et l'on dit [1] : La loi a prévu le cas où le tuteur se trouve en présence de l'ex-pupille, c'est-à-dire de celui qui était, avant la reddition du compte, placé sous son autorité. Cette situation se présente, soit que le mineur soit devenu majeur, soit qu'il ait été émancipé, et les dangers sont les mêmes dans les deux cas. Sans doute, la loi ne parle que du mineur devenu majeur, mais c'est parce qu'elle a statué *de eo quod plerumque fit*. Sans doute, aussi, le mineur émancipé est assisté de son curateur, quand il reçoit son compte de tutelle. Mais il n'en est pas moins vrai que le mineur se trouve directement en face de son ancien tuteur ; qu'il est appelé à débattre personnellement les clauses du traité. Il est donc impossible de ne pas apercevoir les dangers auxquels il est exposé. Dangers d'autant plus grands que le mineur émancipé peut être très jeune ; car l'émancipation peut lui être conférée à partir de l'âge de quinze ans, s'il a encore son père ou sa mère, capable d'exercer la puissance paternelle. Enfin, si la loi a cru devoir protéger le mineur devenu majeur, il serait étrange qu'elle n'eût pas étendu sa protection au mineur émancipé. L'assistance du curateur donne à ce dernier la même capacité que s'il était majeur ; mais elle ne peut pas lui conférer une capacité plus grande.

[1] Demolombe, VIII, n. 56.

Nous pensons que l'esprit de la loi peut être plus justement invoqué en faveur de notre manière de voir. Il faut bien tenir compte de ce fait que le mineur émancipé n'est pas seul à débattre les clauses du traité relatif à la gestion tutélaire. Il est assisté de son curateur, et celui-ci ne joue pas un rôle purement passif; son devoir est d'éclairer le pupille, de le protéger contre l'ascendant de l'ancien tuteur, de le mettre en garde contre les pièges que celui-ci pourrait lui tendre. Il nous paraît donc inexact de dire que le mineur émancipé, recevant le compte de tutelle, est exposé aux mêmes dangers que le mineur devenu majeur. D'ailleurs l'analogie existât-elle, le texte de l'art. 472, étant exceptionnel, résiste à toute application extensive (1). — Nous déclarerons donc le traité valable, alors même que les conditions de l'art. 472 ne seraient pas remplies; sauf, bien entendu, à appliquer l'art. 467, si le traité constitue une véritable transaction.

715. Nous avons dit que l'émancipation fait cesser la puissance paternelle *stricto sensu* et non pas ce que nous avons appelé la puissance paternelle *lato sensu* (*supra*, n. 130). Ainsi le mineur émancipé n'est plus soumis au droit de correction (art. 377). Il est soustrait au droit de garde et peut quitter la maison paternelle; il lui est donc possible d'acquérir un domicile séparé (art. 108). Il peut louer ses services; embrasser la profession qu'il juge convenable, sauf, s'il veut se livrer au commerce, à satisfaire aux conditions imposées par l'art. 2 C. co.; contracter sans autorisation un engagement dans l'armée de terre ou de mer, et cela alors même qu'il aurait moins de vingt ans révolus (2). L'émancipation met fin également au droit de jouissance légale (art. 384), et aussi au droit d'administration légale; ce dernier est désormais sans objet, puisque le mineur émancipé administre lui-même son patrimoine. Mais l'enfant émancipé reste soumis à l'autorité

(1) Valette, *Explic. sommaire*, p. 293, 294; Marbeau, *Des transactions*, n. 67; Demante, II, n. 236 *bis*, III; Laurent, V, n. 153. — Trib. de Tournai, 4 avril 1900, S., 01. 4. 241. — *Contra* Demolombe, VIII, n. 76; Aubry et Rau, I, § 121, texte et note 24. — Rennes, 14 janv. 1876, sous Cass., 4 fév. 1879, S., 79. 1. 161, D., 79. 1. 86.

(2) Aubry et Rau, I, § 130, texte et note 2.

de ses parents, au point de vue du mariage (art. 148 s.) et de l'adoption (art. 346).

§ II. *Organisation de la curatelle.*

716. Le code est à peu près muet sur la curatelle du mineur émancipé. Il n'en parle qu'incidemment et, pour ainsi dire, en passant. L'art. 480 se borne à nous dire : « *Le » compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté » d'un curateur qui lui sera nommé par un conseil de famille* ». Le curateur dont la loi nous parle ici n'est pas un curateur *ad hoc* spécialement nommé pour la réception du compte de tutelle, et dont les fonctions cesseraient de plein droit, cette mission particulière une fois remplie (1). Il est investi d'une mission permanente, qui durera normalement jusqu'à la mort ou la majorité de l'émancipé. C'est ce qu'on peut induire avec certitude de plusieurs textes, notamment de l'art. 482 qui nous représente le mineur émancipé comme agissant avec l'assistance, non d'*un* curateur, mais bien de *son* curateur : ce qui suppose qu'il en a un, et qu'on ne le lui nomme pas à chaque fois (2).

Et toutefois, si le conseil de famille voulait, comme il arrivera souvent, confier les fonctions de curateur à l'ancien tuteur du mineur émancipé, il y aurait lieu de nommer un curateur *ad hoc* pour la réception du compte de tutelle, l'ancien tuteur ne pouvant pas être appelé à assister le mineur pour cet acte auquel il est lui-même partie. Il en sera de même, par identité de motifs, dans tous les cas où le curateur sera appelé à conclure avec le mineur un acte juridique où le mineur doit être assisté de son curateur, ou, d'une manière générale, toutes les fois où, l'assistance du curateur étant requise par la loi, les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du mineur.

717. Le curateur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 480) (3). Le père ou la mère qui émancipe son

(1) V. sup. Zachariæ, I, § 238, note 4.
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 131, note 1.
(3) Par le tribunal, s'il s'agit d'un enfant naturel. Pour les pupilles de l'assistance

enfant n'aurait pas le droit de le pourvoir d'un curateur, car aucun texte ne l'y autorise [1]. En aucun cas non plus, nous ne voyons le code civil déférer de plein droit la curatelle du mineur émancipé. Il y a bien, d'après le code civil, une tutelle légitime, mais il n'y a pas de curatelle légitime.

718. Et toutefois, d'après l'opinion générale, cette règle souffre une exception : le mari majeur est curateur légal de sa femme mineure.

A l'appui de cette solution, on invoque d'abord un argument d'analogie tiré de l'art. 506 qui déclare le mari tuteur de droit de sa femme interdite. On invoque encore l'art. 2208 al. 3, relatif à l'expropriation forcée des immeubles de la femme mineure, aux termes duquel : « En cas de minorité » du mari et de la femme, ou de minorité de la femme seule, » si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il est » nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel » la poursuite est exercée ». C'est seulement, dit-on, quand le mari majeur refuse de procéder avec sa femme, sur la poursuite en expropriation dirigée contre celle-ci, qu'il y a lieu de nommer à la femme un tuteur ; donc cette nomination n'est pas nécessaire, quand le mari procède avec sa femme. Et pourquoi cela ? parce qu'elle est alors assistée de son curateur, que la loi suppose ne pouvoir être autre que le mari, et dont l'assistance est nécessaire et suffisante pour qu'elle puisse défendre à l'action dont il s'agit (art. 482). Donc le mari est de droit curateur de sa femme : la loi le désigne implicitement comme tel, en supposant que la femme ne peut pas avoir un autre curateur que lui. On invoque enfin des raisons de convenance. Pourquoi la femme mineure est-elle émancipée par le mariage ? C'est parce qu'on n'a pas voulu que l'autorité du mari pût être contrecarrée par celle d'un tuteur ou d'un administrateur légal. Les mêmes motifs conduisent à décider que la femme ne peut pas avoir un curateur

publique, la loi du 27 juin 1904 dispose, dans son art. 14 al. 3, modifié par la loi du 18 déc. 1906, que le conseil de famille doit charger l'un de ses membres des fonctions de curateur.

[1] Demolombe, VIII, n. 231 et 232 ; Laurent, V, n. 210 ; Aubry et Rau, I, § 131, p. 839.

autre que son mari ; car si son curateur devait être nommé par le conseil de famille, celui-ci, ayant la liberté du choix, pourrait ne pas confier la curatelle au mari, et alors on verrait se produire ces conflits que la loi a voulu éviter [1].

Cette solution est combattue par quelques rares auteurs. L'art. 2208, disent-ils, prouve que la femme mariée n'a pas de curateur et qu'elle ne saurait en avoir un. En effet, en supposant avec l'opinion générale que la femme mariée mineure soit en curatelle et que le mari soit son curateur de droit lorsqu'il est majeur, on se demande pourquoi, au cas particulier d'une poursuite en expropriation dirigée contre une femme dont le mari est mineur, ou dont le mari majeur refuse de procéder avec elle, la loi ordonne (art. 2208, al. 3) qu'il soit nommé à la femme un TUTEUR *ad hoc* : évidemment c'est d'un CURATEUR *ad hoc* que la loi aurait dû ordonner la nomination dans le système qu'on suppose avoir été adopté par elle. Et il ne faudrait pas équivoquer sur le sens du mot *tuteur,* dire que le personnage désigné sous cette dénomination impropre n'est en réalité qu'un curateur. En effet, l'article précise, lorsqu'il dit que la poursuite en expropriation sera exercée *contre le tuteur* : s'il s'était agi d'un curateur dans la pensée du rédacteur de l'art. 2208, il nous aurait représenté la poursuite comme exercée contre la femme assistée de son protecteur ; car telle est la règle pour les actions relatives aux droits immobiliers du mineur émancipé. On s'étonnera si l'on veut que la loi ordonne la nomination d'un tuteur à une femme qui n'est plus en tutelle, puisqu'elle a été émancipée par son mariage : peut-être bien y a-t-il là une *inelegantia juris ;* mais la disposition de la loi est formelle et il faut l'accepter. D'ailleurs, on remarquera qu'il s'agit d'une tutelle *ad hoc,* et elle peut s'expliquer en disant que, pour le cas particulier dont il s'agit, la loi replace la femme mineure en tutelle par une sorte de retrait spécial de l'émancipation. Enfin, on fait

[1] Magnin, I, n. 565. — Vazeille, *Du mariage,* II, n. 349 ; Duranton, II, n. 505 et III, n. [illegible] — Valette sur Proudhon, II, p. 441, obs. II ; Zachariæ, Massé et Vergé, I, § [illegible], texte et note 6. — Demolombe, VIII, n. 233 ; Aubry et Rau, I, § 131, texte et note 3. — Cass., 16 [illegible] 1868, S., 68. 1. 441. D., 68. 1. 393. — Trib. de Tournai, [illegible] avril 1881, S., 81. 4. 241.

observer que la théorie qui soustrait la femme mineure, émancipée par son mariage, à toute curatelle, est assez satisfaisante au point de vue rationnel. Quel besoin, en effet, la femme mariée mineure a-t-elle d'un curateur? N'est-elle pas suffisamment protégée par la règle tutélaire de l'autorisation, qui s'impose à elle pour tous les actes importants de la vie civile? La protection augmente-t-elle pour la femme, si, à raison d'un même acte, on la soumet à la nécessité d'obtenir l'assistance de son mari comme curateur, outre l'autorisation de celui-ci (1). On remarquera que ces motifs ne peuvent plus être invoqués au cas où la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens. Sous ce régime, en effet, la femme peut faire, sans l'autorisation de son mari ou de justice, certains actes que le mineur émancipé est incapable de faire sans l'assistance de son curateur. Si l'on n'admet pas que la femme mariée soit pourvue d'un curateur permanent, la solution la plus logique consisterait peut-être à dire que la femme peut faire seule les actes dont il s'agit, par exemple recevoir un capital mobilier et en donner décharge. Mais on ne va pas jusque-là, et l'on décide que la femme doit être pourvue d'un curateur *ad hoc*, et, comme toute curatelle est dative, ce curateur doit être nommé par le conseil de famille (2). Il faudrait appliquer une règle analogue à la femme séparée de corps, qui, du moins lorsqu'elle n'est pas mineure, est capable d'accomplir les actes de la vie civile.

719. S'il est contestable que le mari soit curateur de droit de sa femme mineure, nous considérons comme certain que le père, ou la mère, n'est pas curateur légal de l'enfant qu'il a émancipé. A plus forte raison, nous dénierons ce titre aux ascendants de cet enfant ; car il ne peut y avoir de curatelle légale sans un texte qui l'établisse. Cette solution est cependant contestée.

On a dit (3) que, dans le silence de la loi, toutes les règles qui gouvernent la délation de la tutelle doivent recevoir leur application à la délation de la curatelle. Ce sont, en effet,

(1) Demante, II, n. 248 *bis*, III; Laurent, V, n. 209; Huc, III, n. 480.
(2) Demante, Laurent, *loc. cit.*
(3) Delvincourt, I, p. 131, note 3.

deux institutions de même nature. Or, si le législateur a tenu compte de la parenté pour la délation de la tutelle, on ne voit pas pourquoi il ne l'aurait pas également prise en considération pour la délation de la curatelle, qui entraîne des charges moins lourdes que la tutelle. L'art. 480 n'est pas, ajoute-t-on, contraire à cette manière de voir. Il se borne à dire que le conseil de famille nommera un curateur pour assister le mineur dans la réception du compte de tutelle. Mais il ne nous dit pas par qui est nommé le curateur général qui devra assister le mineur dans les autres actes de la vie civile.

Dans une autre opinion (1), la curatelle n'appartient de plein droit qu'au père ou à la mère émancipateur. En matière d'émancipation, comme en matière de puissance paternelle en général, la loi distingue les père et mère des autres ascendants. La curatelle légale des père et mère serait, en quelque sorte, un résidu de la puissance paternelle, détruite par l'émancipation.

Enfin, on a encore proposé (2) de distinguer entre le cas où l'émancipation aurait été conférée pendant le mariage, et celui où l'enfant était en tutelle, au moment où il a été émancipé. Dans le premier cas, le père ou la mère émancipateur aurait de plein droit la curatelle ; dans le second, la curatelle serait toujours dative.

La divergence même de ces solutions en fait ressortir l'arbitraire. En réalité, il n'y a pas de texte qui établisse une curatelle légale. Bien plus, l'art. 480 paraît bien proscrire celle-ci. Si l'on admet que le mineur est pourvu d'un curateur permanent, ce ne peut être qu'en se fondant sur l'art. 480. Or ce texte décide que le curateur est nommé par le conseil de famille.

Le père, la mère, ou les ascendants ne sont donc pas curateurs de droit (3). Mais, en fait, le conseil de famille leur conférera presque toujours ce titre.

(1) Taulier, II, p. 92 et 93. — Besançon, 8 avril 1884, D., 85. 2. 246, S., 84. 2. 93. — Cpr. Zachariæ, I, § 238, p. 476.

(2) Marcadé, II, n. 294.

(3) Valette sur Proudhon, II, p. 440, obs. I ; de Fréminville, II, n. 1044 ; Duranton, III, n. 678 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 687 ; Demante, II, n. 248

720. Pour la composition du conseil de famille, il faut incontestablement appliquer les règles de la tutelle. Car ces règles, nous l'avons montré, ont une portée générale, et doivent recevoir leur application dans tous les cas où il y a lieu de réunir un conseil de famille.

C'est donc à ces règles qu'il faut se référer pour la détermination du lieu où le conseil de famille doit être réuni. Car il y a un lien étroit entre la question de savoir quelles sont les personnes qui font partie du conseil de famille et celle de savoir où le conseil de famille doit être réuni. Cela nous amène à faire la distinction suivante :

A. Si la tutelle était antérieurement ouverte, le conseil de famille doit être réuni au lieu d'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire au lieu où le mineur avait son domicile au moment où la tutelle s'est ouverte. Cela est très logique puisqu'il s'agit de nommer le curateur qui assistera le mineur dans la réception du compte de tutelle (1).

B. Mais si la tutelle n'était pas antérieurement ouverte, on ne peut pas donner la même solution, et on ne peut raisonner que par analogie. L'analogie nous conduit à décider que le conseil de famille doit être réuni au lieu où le mineur a son domicile au moment où l'émancipation lui est conférée (2).

Si le mineur émancipé est un enfant naturel, les fonctions du conseil de famille sont remplies par le tribunal de première instance (arg. art. 389, al. 4). Sans doute, la loi du 2 juillet 1907 s'est occupée seulement de la tutelle des enfants naturels, mais les motifs sur lesquels le législateur s'est fondé pour conférer à l'autorité judiciaire la haute tutelle sur les enfants mineurs non émancipés peuvent être invoqués à l'appui de cette manière de voir.

721. On admet en général, en doctrine et en jurisprudence, que la curatelle est une charge obligatoire, comme la

bis : Demolombe, VIII, n. 242 ; Laurent, V, n. 208 ; Huc, III, n. 480 ; Aubry et Rau, I, § 131, texte et note 4. — Douai, 22 déc. 1863, S., 65. 2. 13, D., 85. 2. 246, en note.

(1) Demolombe, VIII, n. 245 ; Aubry et Rau, I, § 131, note 2. — Cass., 17 déc. 1849, S., 50. 1. 299, D., 50. 1. 77. — Douai, 22 déc. 1863, *supra*. — Metz, 31 mai 1870, S., 71. 2. 107. — Cpr. Laurent, V, n. 210.

(2) Demolombe, *loc. cit.*

tutelle elle-même l'est ordinairement. Sans doute, la loi ne le dit pas. Mais il est difficile de ne pas l'admettre, car cela résulte du but même de l'institution.

La curatelle est instituée dans la vue de protéger une personne incapable. Le curateur est chargé d'une mission de protection. Or, c'est un devoir pour la société de protéger les incapables; il est impossible que le mauvais vouloir d'un particulier fasse obstacle à l'accomplissement de ce devoir social. Ce sont donc des considérations d'ordre public qui nous conduisent à faire de la curatelle une charge obligatoire, bien que la loi ait sur ce point gardé le silence. Du reste, on peut invoquer en ce sens un argument tiré des règles de la tutelle. Si la tutelle, charge très lourde, ne peut être, en principe, refusée, à plus forte raison en doit-il être de même de la curatelle [1].

722. Mais le curateur peut-il faire valoir des causes d'excuse et lesquelles? La loi a gardé le silence. Beaucoup d'auteurs en concluent que les règles de la tutelle doivent être appliquées. Cela nous paraît assez difficile à admettre. La faculté d'invoquer une excuse est un droit légal. Comment peut-il y avoir un droit légal en dehors d'un texte? Il vaut peut-être mieux décider que, en matière de curatelle, il n'y a pas d'excuse légale. Il y a seulement des excuses de fait, dont le conseil de famille tiendra tel compte que de raison. La personne lésée par la délibération du conseil de famille pourra se pourvoir devant le tribunal civil, qui confirmera ou infirmera la délibération [2].

723. Pour les causes d'incapacité et d'exclusion, la question est plus délicate. Peut-être faut-il étendre à la curatelle les causes d'exclusion et d'incapacité admises en matière de tutelle. On peut invoquer en ce sens un argument d'analogie. La raison ne conçoit pas qu'un individu incapable ou indigne d'être tuteur puisse être nommé curateur. Mais l'analogie, si forte soit-elle, ne suffit pas à faire admettre cette solution. Il

[1] Demolombe, VIII, n. 247; Laurent, V, n. 211; Aubry et Rau, I, § 128, p. 830; Huc, III, n. 481.

[2] Laurent, V, n. 211; Aubry et Rau, I, § 128, p. 830. — Cpr. Demolombe, VIII, n. 249 et 250.

y a d'autres arguments plus directs, tirés des art. 34 et 42 C. pénal. Dans ces textes, le code pénal parle toujours en même temps de la tutelle et de la curatelle. Il applique à l'une et à l'autre la dégradation civique et l'interdiction civique. Dès lors, ne convient-il pas de généraliser? La question cependant reste encore douteuse. Plusieurs auteurs se refusent à faire cette généralisation et s'en remettent purement et simplement au conseil de famille dont « *le bon sens et le sens moral* » (1) suppléeront au silence de la loi.

La vérité est que, sur tous ces points, il y a lacune dans la loi, et qu'il est difficile à l'interprète de la combler d'une façon satisfaisante sans se heurter à quelques principes de droit.

Nous admettrons cependant qu'une femme peut être chargée de la curatelle d'un enfant naturel. Il y a, nous semble-t-il, pour le décider ainsi, un argument *a fortiori* qui résulte de l'art. 442-3° (L. 2 juil. 1907).

724. Les fonctions du curateur diffèrent essentiellement de celles du tuteur.

Il n'est pas chargé de gérer les biens du mineur et de représenter celui-ci dans les actes judiciaires et extrajudiciaires.

Dès lors, il n'a pas de comptes à rendre à la cessation de ses fonctions. Et comme il n'est pas comptable, il ne peut être question d'hypothèque légale.

De même, et pour la même raison, il n'y a pas de subrogé curateur à côté du curateur. Au cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et son curateur, il y a lieu simplement de remplacer momentanément ce dernier par un curateur *ad hoc*.

Le rôle du curateur consiste simplement à assister le mineur en vue de l'accomplissement de certains actes juridiques. Telle est du moins la règle générale. V. cependant l'art. 175, qui reconnaît au curateur le pouvoir de faire personnellement opposition au mariage du mineur. De même, l'art. 482 lui impose l'obligation de surveiller l'emploi du capital touché par le mineur avec son assistance.

Le rôle du curateur est analogue à celui du conseil judi-

(1) Laurent, *loc. cit.*

ciaire. Le curateur doit, en principe, intervenir, à côté du mineur, dans la conclusion de l'acte. On admet cependant que cette assistance peut être remplacée par une autorisation donnée à l'avance. Mais il faut que cette autorisation soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle vise tel acte déterminé, et qu'elle en énumère les clauses.

Cela n'est vrai, du reste, que pour les actes extrajudiciaires. Pour les procès, on se montre plus rigoureux, et on veut que le curateur intervienne à chacune des phases de la procédure [1].

725. *Responsabilité du curateur.* — Il y a sur ce point une grande confusion dans la doctrine. Voici les solutions généralement admises :

En principe, le curateur ne répond que de son dol, ou de sa faute lourde. Il n'en est ainsi cependant que lorsqu'il s'agit de la simple assistance que le curateur a donnée à tort au mineur, ou que, à tort, il a refusé de lui prêter [2]. Mais sa responsabilité doit être appréciée plus sévèrement lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation qui lui est personnellement imposée : par exemple, celle que lui impose l'art. 482. D'après certains auteurs, le curateur est responsable en vertu de l'art. 1382 [3]. Il nous semble qu'il n'y a pas là un cas de responsabilité délictuelle. Il vaut mieux dire que le curateur est tenu en vertu d'un quasi-contrat. Par suite, il sera responsable, lorsqu'il n'aura pas apporté à l'exécution de son obligation tous les soins et toute la diligence d'un bon père de famille [4].

§ III. *Capacité restreinte conférée au mineur.*

726. Le mineur émancipé, tout en demeurant frappé de l'incapacité générale dont tous les mineurs sont atteints [5],

[1] Cpr. sur ce point, Cass., 1er fév. 1876, D., 76. 1. 80, S., 76. 1. 152.

[2] Aubry et Rau, I, § 131, texte et note 8. — Cpr. Toullier, II, n. 1297, note *a*; Duranton, III, n. 680, Demolombe, VIII, n. 258; Demante, II, n. 252 et 252 *bis*; Marcadé, II, n. 25[illegible].

[3] Aubry et Rau, I, § 131, texte et note 9.

[4] Demante, II, n. 252 et 252 *bis*. — Cpr. Laurent, V, n. 194.

[5] Cpr. Aubry et Rau, I, § 130, p. 837.

est relevé de cette incapacité en vue de certains actes déterminés.

Lorsque nous avons délimité l'étendue des pouvoirs conférés au tuteur, nous nous sommes efforcés de mettre en lumière un principe général, à l'aide duquel il soit possible de résoudre les questions que le législateur n'a pas prévues. Le même problème se pose, lorsqu'il s'agit de délimiter la capacité conférée au mineur émancipé. Il importe, en cette matière, de dégager un principe auquel on puisse se référer dans les cas douteux. Or, ce principe nous paraît être que le mineur émancipé est capable de faire, avec la seule assistance de son curateur, tous les actes que la loi ne lui permet pas de faire seul, et pour lesquels elle n'a pas soumis le mineur à l'observation de formalités et conditions spéciales, ou qu'elle ne lui a pas interdit d'accomplir. En d'autres termes, nous appliquerons au mineur émancipé *assisté de son curateur*, le principe d'omnipotence qui détermine l'étendue des pouvoirs du tuteur. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Le mineur émancipé, avons-nous dit, est, en règle générale, incapable (art. 1124, 1304). En principe, il ne peut faire seul aucun acte juridique. Si donc il a fait seul un acte excédant les limites de la capacité restreinte qui lui est conférée, cet acte pourra être attaqué pour cause d'incapacité. Il faudra alors appliquer les règles qui s'appliquent aux mineurs en général. C'est-à-dire qu'en principe, et sauf les exceptions que nous verrons tout à l'heure, cet acte ne pourra être annulé que lorsqu'il aura été pour le mineur la source d'une lésion. *Restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus.* Telle est la règle générale. Elle comporte des exceptions qui ont été établies dans l'intérêt du mineur lui-même et pour lui permettre de gérer utilement son patrimoine.

1° A certains égards, le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle. Il est des actes juridiques qui lui sont interdits absolument, comme ils sont interdits au tuteur. Le mineur émancipé ne pourra les faire, même avec l'assistance de son curateur. D'autres actes juridiques ne lui sont permis que sous certaines conditions spéciales. La loi donne de ces

actes une énumération limitative (art. 483, 484, 776, 903, 904).

2° La loi déclare, d'autre part, le mineur émancipé capable d'accomplir seul et sans aucune assistance certains actes dont elle donne également une énumération limitative (art. 481).

En dehors de ces hypothèses, la règle générale reprend son empire. Le mineur est incapable d'accomplir les actes qui n'entrent dans aucune des catégories que nous venons d'indiquer. Il faut bien cependant que ces actes puissent être valablement accomplis. Sinon la gestion du patrimoine du mineur serait entravée. Sous quelles conditions le mineur sera-t-il, quant à ces actes, relevé de son incapacité ? Une seule solution nous semble possible : le mineur émancipé pourra les faire valablement avec la seule assistance de son curateur. Il est vrai que l'art. 482 indique expressément certains actes pour lesquels l'assistance de son curateur est nécessaire au mineur émancipé. Mais l'énumération qu'on trouve dans ce texte ne nous paraît pas limitative. L'art. 482 s'explique par des motifs spéciaux. D'une part, la disposition qui y est contenue sert à préciser le sens de l'art. 481, qui permet au mineur de faire seul les actes de pure administration. D'autre part, l'art. 482 impose au curateur une obligation particulière, dont il n'aurait pas été tenu en l'absence d'un texte. Mais il nous paraît impossible de considérer cet article comme étant limitatif. S'agissant d'un acte non prévu par la loi, il faut bien que le mineur puisse le faire. On ne peut pas lui permettre de le faire seul, car il n'est investi que d'une capacité toute relative. On ne peut pas le soumettre à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille ou celle de la justice; car le conseil de famille et le tribunal n'ont que des attributions limitées. Dès lors, la solution que nous avons indiquée nous paraît s'imposer. Elle est d'ailleurs logique. La curatelle succède à la tutelle. Ce que le tuteur avait le pouvoir de faire seul par représentation du mineur, le mineur émancipé doit avoir la capacité de le faire avec l'assistance de son curateur, qui remplace le tuteur.

727. Ces considérations générales nous conduisent à dis-

tinguer trois catégories d'actes que nous étudierons successivement :

1° La première comprend les actes que le mineur peut faire seul. Elle ne comprend que les actes limitativement énumérés par la loi.

2° Dans la seconde catégorie, également limitative, nous rangerons les actes pour lesquels la loi soumet le mineur émancipé à l'observation des règles de la tutelle.

3° Enfin la troisième comprend les actes que le mineur peut faire sous la condition, nécessaire et suffisante, d'obtenir le concours de son curateur. A cette classe appartiennent tous les actes qui ne figurent pas dans les catégories précédentes. C'est pour ce motif que nous l'examinerons en dernier lieu.

N° 1. Des actes que le mineur émancipé peut faire seul, sans l'assistance de son curateur, et sans formalités spéciales.

1. *Actes extrajudiciaires d'administration pure.*

728. L'art. 481 nous dit : « *Le mineur émancipé passera » les baux dont la durée n'excédera point neuf ans; il recevra » ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui » ne sont que de pure administration, sans être restituable » contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait » pas lui-même* ».

La partie finale du texte pose la règle générale, dont le début de l'article contient seulement des applications particulières.

Le mineur émancipé peut faire seul les actes de *pure administration*. Il faut entendre par là les actes qui, ayant pour but de conserver, de faire fructifier et d'augmenter le patrimoine, ne peuvent produire de conséquences dommageables pour le capital lui-même. Les autres actes constituent ou des actes de disposition ou des actes de large administration, et ils excèdent, par suite, les bornes de la capacité personnelle du mineur émancipé.

Tel est le principe. En voici maintenant quelques applications.

729. Il est incontestable que le mineur peut faire seul tous les actes conservatoires de ses droits. Ce sont, à n'en pas douter, des actes de pure administration.

730. Le mineur émancipé peut également passer seul les baux dont la durée n'excède pas neuf ans (art. **481**). Le texte ne nous dit pas sous quelles conditions il peut renouveler les baux; mais cette lacune est comblée par l'art. **1718**, aux termes duquel les dispositions des art. **1429** et **1430** sont applicables aux baux des biens de mineurs, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit de mineurs émancipés ou non émancipés [1].

731. Il peut toucher ses revenus et en donner quittance, ce qui constitue encore un acte d'administration pure (art. **481**). Peut-il toucher par anticipation les loyers et fermages non encore échus? En principe, il faut répondre négativement [2]. L'art. **481** permet au mineur de percevoir ses revenus, parce que ceux-ci lui sont nécessaires pour faire face à ses dépenses. Mais la faculté de toucher par anticipation les loyers et fermages pourrait lui donner la tentation d'anticiper sur l'avenir et de compromettre son capital. C'est donc un acte qui doit lui être interdit, à moins que l'usage des lieux n'oblige le locataire ou le fermier à payer d'avance les loyers ou fermages.

732. Après avoir touché ses revenus, le mineur émancipé peut les employer comme il l'entend; la loi lui en donne en effet la libre disposition. Il peut donc les dépenser en entier, sans être tenu d'en rendre compte à personne; ou en opérer le placement de la manière qu'il juge convenable et aux époques choisies par lui. Les économies qu'il réalise sur ses revenus peuvent être employées par lui soit en acquisitions de meubles, soit même en acquisitions d'immeubles.

733. Que faut-il décider en ce qui concerne le placement des capitaux? On admet sans difficultés que le mineur émancipé peut acheter des meubles, soit au comptant soit à crédit

1. Demolombe, VIII, n. 272; Laurent, V, n. 215; Huc, III, n. 483; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 2.

2. Demolombe, VIII, n. 273; Laurent, V, n. 215; Huc, III, n. 483; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 1.

(art. 484). Mais la question de savoir s'il a la même capacité en ce qui concerne les achats d'immeubles est très controversée. D'après la plupart des auteurs, l'acquisition d'immeubles, surtout lorsqu'elle est faite à crédit, excède les limites de la capacité reconnue au mineur émancipé. Sans doute l'art. 484, al. 2, paraît attribuer au mineur, en termes généraux, la capacité de s'engager par voie d'achats, et il ne distingue pas suivant la nature des biens achetés. Mais la disposition de ce texte doit être restreinte aux acquisitions qui constituent des actes de pure administration, autrement l'al. 2 de l'art. 484 serait en contradiction avec l'al. 1 de cet article, et aussi avec l'art. 481, qui ne permettent au mineur émancipé de faire seul que les actes de pure administration. Or l'acquisition d'immeubles, lorsque le paiement doit être fait avec les capitaux, et surtout lorsque l'achat est fait à crédit, constitue un acte de large administration dont les conséquences peuvent être des plus dangereuses pour le patrimoine du mineur. D'autre part, la loi confie au curateur, dans l'art. 482, la mission de surveiller l'emploi des capitaux touchés par le mineur. Son assistance est donc nécessaire à celui-ci pour l'acquisition d'immeubles, qui est un mode d'emploi des capitaux [1].

Dans une autre opinion, qui paraît consacrée par la jurisprudence, on reconnaît au mineur la capacité d'acheter des immeubles, même à crédit, sans l'assistance de son curateur. L'art. 484, dit-on en ce sens, est tout à fait général, et il est arbitraire d'en restreindre l'application aux seules acquisitions de meubles. Le mineur est donc valablement obligé par l'acquisition qu'il a faite, mais il pourra faire réduire ses engagements comme excessifs, conformément à l'art. 484 [2].

[1] Troplong, I, *De la vente*, n. 167; Demolombe, VIII, n. 293; Laurent, V, n. 217; Huc, III, n. 487; Lyon-Caen, *Note*, S., 83. 1. 113.

[2] Zachariæ, I, § 240, p. 477; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 7. — Colmar, 31 janv. 1826, S., 26. 2. 212. — Cass., 15 déc. 1832, S., 33. 1. 687. — Cass., 29 juin 1857, S., 57. 1. 729, *J. G.*, v° *cit.*, n. 809. — Cass., 2 déc. 1885, D., 86. 1. 294, S., 86. 1. 97. — Cass., 10 fév. 1890, D., 91. 1. 293, S., 93. 1. 463. — Cpr. Cass., 21 août 1882, S., 83. 1. 113. — Les arrêts que nous citons n'ont pas tous cependant sur ce point une doctrine bien nette. Ils admettent que l'engagement pris par le mineur peut être réduit, pour cause d'excès, conformément à l'art.

734. La vente des fruits et récoltes étant un acte de pure administration et même, dans une certaine mesure, un acte nécessaire, il est incontestable que le mineur n'a pas besoin, pour y procéder, de l'assistance de son curateur. Mais la doctrine est extrêmement divisée sur la question de savoir si, dans les autres cas, le mineur peut aliéner ses meubles corporels sans l'assistance de son curateur. D'après les uns, il faudrait rechercher en fait, et d'après les circonstances, si la vente des meubles constitue ou non un acte de pure administration [1]. Les autres décident d'une manière générale et sans aucune distinction, que le mineur émancipé peut aliéner à titre onéreux ses meubles corporels, sans l'assistance de son curateur et sans être astreint à l'observation d'aucune formalité. Ils fondent cette solution sur l'art. 484, aux termes duquel le mineur émancipé n'est tenu de se soumettre aux formes imposées au mineur non émancipé qu'en ce qui concerne seulement l'aliénation de ses immeubles. Le silence gardé par la loi relativement aux aliénations de meubles est, dit-on, intentionnel. D'une part, le législateur a probablement voulu éviter les difficultés qui n'auraient pas manqué de s'élever sur le point de savoir si l'aliénation des meubles constitue ou non un acte d'administration. D'autre part, cette solution est conforme à la maxime : *Mobilium vilis possessio,* qui régnait au temps de la confection du code. Enfin, on tire encore argument de l'art. 1449, qui attribue à la femme séparée de biens pleine capacité pour disposer de son mobilier et pour l'aliéner [2]. Peut-être serait-il plus sûr de décider que le mineur ne peut pas aliéner seul ses meubles corporels et qu'il lui faut tout au moins obtenir l'assistance de son curateur. La règle est en effet que le mineur est incapable

(1) Mais la cour de cassation, dans certaines de ses décisions, paraît envisager l'art. 484 comme une application pure et simple de l'art. 1305. Elle recherche en effet si l'achat fait par le mineur a été ou non pour lui la source d'une lésion, et, dans le cas où elle admet la réduction, elle décide que cette réduction peut être totale.

(2) Demolombe, VIII, n. 278. — Paris, 18 déc. 1878, S., 80. 1. 206, D., 80. 1. 61.

(3) De Fréminville, II, n. 1048; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 691; Zachariæ et Massé et Vergé, I, § 240, texte et note 6; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 3.

d'accomplir un acte juridique quelconque sans cette assistance. Il n'est relevé de cette incapacité qu'en vue de certains actes juridiques limitativement déterminés. Or aucun texte ne lui permet d'aliéner seul ses meubles corporels. L'argument que l'on tire de l'art. 484 en faveur de l'opinion générale est fondé uniquement sur le silence de la loi, et n'a pas dès lors grande valeur. Tout au plus pourrait-on décider que le législateur a entendu affranchir le mineur émancipé de l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des meubles corporels appartenant au mineur en tutelle. Mais il n'en résulte nullement que le mineur émancipé soit relevé de son incapacité générale. Il y a d'autre part, en ce sens, un argument d'analogie dont on ne peut méconnaître la valeur. Aux termes de l'art. 482, le mineur émancipé ne peut pas recevoir seul un capital mobilier. S'il ne lui est pas permis de recevoir un capital, si minime qu'il soit, sans l'assistance de son curateur, comment cette assistance ne serait-elle pas requise pour l'aliénation des meubles corporels, alors que ceux-ci constituent un capital peut-être très important? [1]. — Quelle que soit la valeur de ces arguments, il faut d'ailleurs reconnaître que la solution contraire est plus satisfaisante au point de vue pratique, et cela explique qu'elle l'ait emporté.

735. Quant à l'aliénation des meubles incorporels, la question aujourd'hui ne peut plus être discutée. Nous exposerons plus loin les règles édictées à cet égard par la loi du 27 fév. 1880.

736. De ce que le mineur a la libre disposition de ses revenus résulte cette conséquence qu'il est capable de faire valablement tout acte juridique quelconque intéressant les revenus. Ainsi, l'on admet, en général, qu'il peut transiger seul sur les contestations relatives à ses revenus et, d'une manière générale, aux actes de pure administration. Bigot-Préameneu l'a dit positivement dans l'exposé des motifs du titre *Des transactions*, et d'autre part, le mineur émancipé remplit la condition exigée par l'art. 2045 pour pouvoir transiger : il a la libre disposition de l'objet compris dans la tran-

(1) Laurent, V, n. 218; Huc, III, n. 484.

saction, puisque la loi lui reconnaît pleine capacité pour les actes de pure administration. Pour les mêmes motifs, on décide que le mineur peut valablement compromettre seul sur les actes de cette nature [1]. Les arguments que l'opinion contraire tire des art. 83 et 1004 C. pr. civ. ne sont pas concluants. On dit qu'il est impossible de reconnaître au mineur émancipé le droit de transiger ou de compromettre sur un acte de pure administration, alors que ce droit est certainement refusé au tuteur, dont les pouvoirs comme administrateur sont cependant plus étendus. Il y en a pourtant une raison bien simple : c'est que le mineur émancipé a la libre disposition de ses revenus, tandis que le tuteur n'a pas la libre disposition des revenus de son pupille. On comprend donc que le mineur émancipé puisse faire une transaction ou un compromis qui ne menace en définitive que son revenu, tandis qu'on refuse ce pouvoir au tuteur.

2. *Des engagements contractés par le mineur.*

737. Dans la mesure que nous venons de déterminer, le mineur émancipé s'engage valablement sans l'assistance de son curateur, et les obligations contractées par lui peuvent recevoir leur exécution sur la généralité de ses biens. Ainsi, il peut faire des acquisitions de meubles à crédit dans la mesure où cela est nécessaire pour les besoins de son administration. Il peut louer des meubles ou des immeubles, dans les limites de son droit de pure administration; passer des traités pour l'entretien et l'exploitation de ses biens..., etc... Mais il ne peut pas s'engager par voie d'emprunt. La loi lui interdit d'emprunter, à raison des dangers particulièrement graves que cet acte présente (art. 483).

738. Les engagements contractés par le mineur sans l'assistance de son curateur ne sont donc valables que lorsqu'ils sont la conséquence d'actes de pure administration. Tel n'est pas le sentiment de certains auteurs, qui établissent une ligne

(1) De Fréminville, I, n. 1072; Duranton, III, n. 668; Marbeau, *Des transactions*, n. 67; Troplong, *Des transactions*, n. 45; Demolombe, VIII, n. 282; Huc, III, n. 434; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 4. — *Contra* Toullier, II, n. 1298; Laurent, V, n. 237.

de démarcation bien tranchée entre les actes de pure administration, d'une part (art. 481), et les obligations, d'autre part (art. 484) [1]. Pour les actes de pure administration, le mineur est, disent-ils, assimilé à un majeur, et il ne peut se faire restituer contre ces actes sous prétexte de lésion. Les actes autres que ceux de pure administration sont nuls au contraire, conformément aux règles ordinaires, lorsque le mineur en éprouve un préjudice, à moins qu'il ne s'agisse d'un de ces actes pour lesquels la loi soumet le mineur émancipé à l'observation des formes imposées au mineur non émancipé, auquel cas l'acte serait nul pour vice de forme. Quant aux obligations contractées par le mineur, elles seraient valables en principe [2], alors même que le mineur n'aurait pas été assisté de son curateur, et cela sans distinguer suivant qu'elles se réfèrent ou non à des actes de pure administration. L'art. 484, al. 2, est en effet général. Pour ces engagements, le mineur cependant n'est pas complètement assimilé à un majeur, puisque l'art. 484 lui permet de les faire réduire pour cause d'excès. En conséquence, l'on décide que le mineur peut, sans doute, transiger ou compromettre sur les actes de pure administration, mais non sur les engagements contractés par lui, parce qu'il ne lui est pas permis de porter atteinte au droit de demander la réduction de ces engagements. Cette manière de voir, qui ne paraît pas étrangère à la jurisprudence [3], ne nous semble guère admissible. Pour nous, les obligations dont il est question à l'art. 484 sont celles qui résultent des actes de pure administration visés par l'art. 481. Ce dernier texte contient la règle générale, à laquelle l'art. 484 se réfère implicitement. L'art. 481 signifie que l'action en rescision pour cause de lésion n'est pas admise contre les actes de pure administration; quant à l'art. 484, il édicte en faveur du mineur une règle spéciale que le majeur ne peut pas invoquer; il lui permet de demander, non point la *rescision* de ses engagements, mais leur *réduction*, ce qui est tout à fait différent. Les deux textes ne sont donc nulle-

[1] Aubry et Rau, I, § 132, p. 842.

[2] Sauf cependant lorsqu'elles ont été contractées par voie d'emprunt (art. 483).

[3] V. les arrêts cités *supra*, p. 739, note 2.

ment inconciliables, et ils ne se réfèrent pas à deux catégories différentes d'actes.

3. Capacité du mineur émancipé en matière judiciaire.

739. Aux termes de l'art. 482, le mineur émancipé ne peut intenter une action immobilière ou y défendre sans l'assistance de son curateur. D'où les auteurs concluent que cette assistance ne lui est pas nécessaire pour l'exercice actif ou passif d'une action mobilière, en principe du moins (1). Ce raisonnement n'est peut-être pas à l'abri des critiques, car un argument *a contrario,* fondé sur le silence de la loi, n'est pas suffisant pour relever le mineur de l'incapacité générale dont il est atteint. La solution est cependant exacte, mais on peut la justifier autrement. Le mineur est capable de faire seul les actes de pure administration (art. 481). Or l'exercice actif ou passif d'une action mobilière constitue un acte de pure administration, lorsque cette action est relative aux revenus ou est intentée au sujet d'une difficulté soulevée par un acte de pure administration. Mais il en est autrement lorsque l'action a pour objet une universalité mobilière ou un capital mobilier. Dans ce cas, l'exercice actif ou passif de l'action ne constitue pas un acte de pure administration, et l'assistance du curateur devient nécessaire (2) (Cpr. L. 12 juil. 1905, art. 16, al. 2).

740. Il y a même certaines actions immobilières que le mineur émancipé peut exercer activement ou passivement sans l'assistance de son curateur. Ce sont les actions possessoires. L'exercice de pareilles actions ne compromet pas irrémédiablement le fond même du droit et n'excède pas les limites de la capacité du mineur (3).

(1) Marcadé, II, n. 296; Toullier, I, n. 1296; Zachariæ, I, § 240, p. 478; Duranton, III, n. 669; Demolombe, VIII, n. 283; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 13. — Amiens, 8 fév. 1862, S., 62. 2. 110, *J. G.*, v° *Minorité*, n. 709. — Cpr. Paris, 24 déc. 1891, D., 92. 2. 435.

(2) Marcadé, Duranton, Zachariæ, *loc. cit.*; Demolombe, VIII, n. 284; Aubry et Rau, I, § 132, p. 845. — Poitiers, 27 mai 1880, S., 82. 2. 21, D., 81. 2. 18. — *Contra* Demante, II, n. 251 *bis*; Laurent, V, n. 220. — Douai, 21 avril 1865, S., 66. 2. 174, *J. G.*, v° *cit.*, n. 709. Laurent dit notamment que l'art. 482 défend bien au mineur de recevoir un capital mobilier sans l'assistance de son curateur, mais autre chose est recevoir le paiement et autre chose le réclamer.

(3) Laurent, V, n. 220; Aubry et Rau, I, § 132, p. 845.

N° 2. Des actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle.

741. Il y a tout d'abord des actes qui sont interdits au mineur émancipé, comme au mineur non émancipé et à son tuteur. Ce sont :

1° La donation entre vifs (art. 903 et 904).

2° Le testament, si le mineur a moins de seize ans (art. 904).

3° L'acceptation pure et simple d'une succession (arg. art. 461 *in fine*).

4° Le compromis (arg. art. 1004 et 83-6° C. pr.). V. cep. *supra*, n. 736.

742. Il y a d'autres actes que le mineur émancipé peut accomplir, mais dont la validité est soumise à l'observation des conditions et formes imposées au mineur non émancipé. Il est bien entendu d'ailleurs que ces actes seront accomplis par le mineur émancipé, soit seul, soit avec l'assistance de son curateur, mais à cette différence près, les règles de la tutelle devront être observées.

743. La liste de ces actes, avons-nous dit, est limitative. Cela nous paraît résulter de la formule même dont se sert l'art. 484 al. 1, ainsi conçu : « *Il ne pourra non plus vendre* » *ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux* » *de pure administration, sans observer les formes prescrites* » *au mineur non émancipé* ».

L'art. 484 nous dit que le mineur émancipé ne peut faire, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé, *aucun acte autre que ceux de pure administration*. La formule du texte est trop compréhensive. Il y a des actes qui ne sont pas de pure administration, tels que la réception d'un capital mobilier, l'exercice d'une action immobilière (art. 482), pour lesquels l'assistance du curateur est suffisante.

D'autre part, il va de soi que l'art. 484 al. 1 vise seulement les actes autres que de pure administration pour lesquels la loi soumet le mineur non émancipé à l'observation de conditions spéciales. Or il est certains actes excédant les limites de la pure administration pour lesquels la loi n'a pas soumis le mineur non émancipé à l'observation de conditions

spéciales [1]. Le mineur émancipé ne peut pas les faire seul, puisque sa capacité est limitée par l'art. 481 aux actes de pure administration ; conformément au principe général que nous avons indiqué, il ne pourra donc les faire qu'avec l'assistance de son curateur, mais aucune autre condition ne sera requise.

En d'autres termes, le mineur émancipé n'est assimilé au mineur non émancipé que pour les actes qui présentent le double caractère : 1° de ne pas être des actes d'administration pure ; 2° d'être soumis pour leur validité, en ce qui concerne le mineur en tutelle, à des formalités particulières. Or la loi nous donne, de ces actes, une énumération limitative.

744. L'art. 484, al. 1, vise spécialement l'aliénation des immeubles. Cette aliénation ne pourra être faite valablement qu'en observant les règles édictées par les art. 457 et suiv. Ce ne sont pas seulement les *formes* prescrites par l'art. 459 qui devront être suivies; ce sont également les *conditions*. Ainsi la vente d'un immeuble ne pourra être autorisée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

745. Dans le même ordre d'idées, l'art. 483 dispose : « *Le* « *mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun* « *prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homo-* « *loguée par le tribunal de première instance, après avoir* « *entendu le procureur du Roi* ».

L'emprunt ne pourrait être autorisé que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (arg. art. 457 et 484, al. 1). On a soutenu sans aucun fondement que cette condition n'était pas nécessaire, l'art. 483 ne l'exigeant pas, à la différence de l'art. 457 [2]. Il suffit de remarquer, pour ruiner cet argument, que le principe consacré par l'art. 484, al. 1, qui assimile le mineur émancipé au mineur non émancipé pour tous les actes autres que ceux de pure administration, ne figurait pas dans le projet; il y a été introduit sur la demande du Tribunat. Le principe une fois admis, l'art. 483 devenait inutile, et on aurait dû le supprimer ; c'est par inadvertance qu'on l'a laissé subsister, et l'argument qu'on

[1] Ces actes sont d'ailleurs peu nombreux depuis la loi du 27 février 1880.
[2] Toullier, II, n. 12[illegible] de Fréminville, II, n. 1068; Zachariæ, I, § 242, note 6. — V. aussi les deux premières éditions d'Aubry et Rau.

peut tirer de ses termes perd ainsi toute sa valeur. D'ailleurs, la différence que l'on prétend établir entre l'emprunt contracté par un mineur émancipé et celui qui est contracté par un mineur non émancipé n'aurait aucune raison d'être [1].

746. Les mêmes règles doivent être observées pour la constitution d'hypothèque (art. 457 et 458). L'autorisation du conseil de famille et l'homologation de justice sont nécessaires, même lorsque l'hypothèque est constituée pour une dette que le mineur a pu valablement contracter sans aucune assistance [2].

747. Le mineur ne peut accepter ou répudier une succession ou un legs universel sans l'autorisation du conseil de famille (art. 461) [3].

748. La même autorisation lui est nécessaire pour acquiescer à une demande immobilière (art. 464), à moins qu'il ne s'agisse d'une action possessoire [4].

749. Le partage de biens dont un mineur émancipé est copropriétaire par indivis ne peut être valablement fait par le mineur assisté de son curateur qu'en observant les formes prescrites pour le partage des biens de mineurs (art. 840).

750. En ce qui concerne la transaction, les règles édictées par l'art. 467 doivent être appliquées au mineur émancipé comme au mineur en tutelle. V. cependant *supra*, n. 736.

751. Enfin, le mineur émancipé, dans certains cas du moins, est assimilé au mineur non émancipé en ce qui concerne l'aliénation de ses meubles incorporels, c'est-à-dire qu'il

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.*: Demolombe, VIII, n. 322; Laurent, V, n. 232; Aubry et Rau, I, § 134, note 1. — Cpr. Cass., 19 juin 1850, D., 50. 1. 308. — Cass., 4 fév. 1868, S., 68. 1. 441, D., 68. 1. 393. — Cass., 28 juillet 1868, D., 68. 1. 403.

[2] Proudhon et Valette sur Proudhon, II, p. 435 à 438; Duvergier sur Toullier, II, n. 1298; Grenier, *Des hypoth.*, I, n. 37; Magnin, II, n. 1270; de Fréminville, II, n. 1075; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 694; Demolombe, VIII, n. 290; Pont, *Des privil. et hypoth.*, n. 613; Laurent, V, n. 233; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 12. — *Contra* Toullier, *loc. cit.*: Duranton, III, n. 673.

[3] Demolombe, VIII, n. 324; Laurent, V, n. 231; Aubry et Rau, I, § 132, p. 854. — Douai, 30 mai 1856, S., 56. 2. 559, D., 57. 2. 10.

[4] De Fréminville, II, n. 1057; Duranton, III, n. 690; Zachariæ, I, § 242, p. 480; Demante, II, n. 252 *bis*, II; Aubry et Rau, I, § 134, texte et note 7. — Cpr. Demolombe, VIII, n. 307; Laurent, V, n. 227; Huc, III, n. 486.

devra être autorisé par une délibération du conseil de famille, quelle que soit la valeur des meubles à aliéner, et qu'il lui faudra en outre l'homologation du tribunal lorsque la valeur de ces meubles excèdera 1.500 fr. en capital.

L'art. 4 de la loi du 27 février 1880 dit à ce sujet : « *Le » mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de » son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meu- » bles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du » mineur non émancipé. Cette disposition ne s'applique pas » au mineur émancipé par le mariage* ».

La loi dit : « Le mineur émancipé *au cours* de la tutelle. Donc la disposition que nous venons de transcrire n'est pas applicable au mineur émancipé du vivant de ses père et mère [1], car ce mineur n'est pas en tutelle (arg. art. 390). Cette déduction tirée du texte est pleinement confirmée par les travaux préparatoires de la loi. On a sans doute considéré qu'une protection particulière est inutile au mineur émancipé qui a ses deux protecteurs naturels ; d'autant plus que le mineur aura presque toujours son père pour curateur ; quelques-uns prétendent même, comme nous l'avons vu, que le père émancipateur est curateur de droit. Mais le législateur paraît ne pas avoir songé que le mineur peut devenir orphelin : auquel cas la protection légale continuera de lui faire défaut, bien que le motif qui a empêché de lui accorder cette protection ait cessé d'exister.

La disposition qui nous occupe est également inapplicable au mineur émancipé par le mariage (art. 4 *in fine*), et cela alors même que son émancipation se serait produite au cours de la tutelle, car la loi ne distingue pas. Le mariage suppose chez le mineur qui le contracte une certaine maturité d'esprit ; s'il ne la possédait pas, ses ascendants ou sa famille n'auraient pas vraisemblablement consenti à son mariage : il a donc pu paraître juste de soustraire ce mineur à une protection qui, dans bien des cas, peut être une entrave.

Cela posé, quelle va être, au point de vue de l'aliénation de ses meubles incorporels, la situation du mineur émancipé

[1] Cpr. Aubry et Rau, I, § 133, note 9 *bis* ; Huc, III, n. 490.

soit du vivant de ses père et mère, soit par un mariage? Cette situation reste ce qu'elle était sous la législation antérieure, sauf une aggravation résultant de ce que l'art. 12, al. 1, de la loi de 1880 a prononcé l'abrogation de la loi du 24 mars 1806 et du décret du 25 septembre 1813. Ces deux dispositions législatives étant abrogées, il reste que le mineur émancipé du vivant de ses père et mère ou par son mariage peut aliéner tous ses meubles incorporels, quelles qu'en soient la nature et la valeur, avec la seule assistance de son curateur [1]. Le législateur de 1880 a-t-il songé à cette conséquence?

752. De la solution qui précède il résulte que les mineurs émancipés par leur mariage ou du vivant de leurs père et mère peuvent librement procéder à la conversion de leurs titres nominatifs en titres au porteur. Mais les dispositions de l'art. 10 de la loi de 1880 doivent recevoir leur application aux autres catégories de mineurs émancipés.

753. Sur un autre point, on peut accuser le législateur d'avoir manqué de prévoyance à l'égard du mineur émancipé, et cette fois l'omission ne concerne pas une catégorie seulement de mineurs émancipés, elle peut les atteindre tous.

En effet, nulle disposition de la loi du 27 février 1880 n'oblige le mineur émancipé à convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui lui adviennent à titre de succession ou autrement au cours de l'émancipation : l'art 5 ne prescrit cette conversion que pour le mineur non émancipé. Il en résulte que le mineur émancipé pourra, en fait, se soustraire à la nécessité d'obtenir l'assistance de son curateur pour l'aliénation des titres de cette nature, dont la propriété se transmet par une simple remise opérée de la main à la main.

754. Tels sont les actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle. Tantôt l'autorisation du conseil de famille est suffisante ; tantôt il faut que la délibéra-

[1] Huc, III, n. 490; Aubry et Rau, I, § 133, note 9 *quater*. — Trib. de Dunkerque, 24 nov. 1881, S., 84. 2. 23, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 733. — Trib. de la Seine, 24 nov. 1881, S., 84. 2. 23. — Cass., 13 août 1883, S., 84. 1. 177 et la note de M. Lyon-Caen, D., 84. 1. 103. — *Contra* Trib. de Lille, 6 août 1881, S., 84. 2. 23, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 732.

tion du conseil de famille soit homologuée par la justice; parfois, enfin, le mineur émancipé est astreint à l'observation de formalités spéciales. Dans tous ces cas, faut-il en outre que le mineur soit assisté de son curateur dans l'accomplissement de l'acte?

Il y a trois cas dans lesquels cette assistance est requise par la loi : le partage (art. 840 C. civ.), l'aliénation de meubles incorporels et la conversion des titres nominatifs en titres au porteur (art. 4 et 10 de la loi du 27 fév. 1880) (1).

Pour les autres actes, la question est controversée. D'après certains auteurs (2), l'assistance du curateur serait toujours exigée. On invoque en ce sens un argument *a fortiori*, tiré de ce que cette assistance est requise pour des actes beaucoup moins importants que ceux dont il s'agit. L'opinion contraire est très généralement admise. D'après la rédaction primitive de l'art. 484, le curateur devait, dans les cas visés par le texte, prêter son concours au mineur; mais la disposition du projet a été modifiée sur ce point; on a peut-être pensé que l'autorisation du conseil de famille rendait inutile l'intervention du curateur (3). Cependant, le conseil de famille, en autorisant un acte, pourrait imposer au mineur l'assistance de son curateur.

N° 3. Des actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.

755. Ces actes constituent, à notre avis, le droit commun. Appartiennent à cette classe tous ceux qui ne sont pas compris dans les catégories précédentes. La liste que nous allons donner ne doit donc pas être considérée comme limitative.

756. Ainsi le mineur peut, avec la seule assistance de son curateur, recevoir son compte de tutelle. Art. 480.

757. Sous la même condition, il peut intenter une action immobilière, ou y défendre : « *Il ne pourra intenter une « action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner « décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son*

(1) Aubry et Rau, I, § 134, p. 54.

(2) Demante et Colmet de Santerre, II, n. 253 *bis*, VI; Demolombe, VIII, n. 25 *bis*.

(3) Laurent, V, n. 22; Aubry et Rau, I, § 134, texte et note 9 *bis*.

» *curateur qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital* » *reçu* » (art. 482).

En ce qui concerne les actions immobilières, il faut noter une double différence entre les pouvoirs du tuteur et la capacité du mineur émancipé. D'une part, pour intenter une action immobilière au nom de son pupille, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille (art. 464) ; au contraire, cette autorisation n'est pas nécessaire au mineur émancipé ; l'assistance de son curateur lui suffit. D'autre part, le tuteur a pleins pouvoirs pour défendre à une action immobilière (arg. art. 464), tandis que le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour la défense comme pour l'attaque.

Nous avons décidé (*supra,* n. 748) que le mineur émancipé ne peut acquiescer à une demande immobilière sans l'autorisation du conseil de famille. L'art. 484 est, en effet, formel ; il établit cette règle que, pour les actes autres que de pure administration, le mineur émancipé doit observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Il n'y a d'exceptions à cette règle que celles qui résultent d'un texte. Or, l'art. 482 en établit une en ce qui concerne l'exercice actif et passif des actions immobilières ; mais ni lui ni aucun autre n'en formule en ce qui concerne l'acquiescement à une demande de cette nature. Donc, ce cas reste soumis à la règle établie par l'art. 464 (1). Cette solution est cependant contestée par quelques auteurs qui permettent au mineur émancipé d'acquiescer à une demande immobilière avec la seule assistance du curateur (2). L'art. 464, disent-ils, met sur la même ligne l'exercice d'une action immobilière et l'acquiescement à une action de cette nature. Dès lors que le mineur peut intenter une action immobilière avec le seul concours de son curateur, il doit pouvoir y acquiescer sous la même condition (3).

758. Le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour intenter une action ayant pour objet un capital mobilier ou une universalité mobilière (*supra,* n. 739).

(1) V. les autorités citées à la note 4 de la p. 747.

(2) Laurent, V, n. 227 ; Huc, III, n. 486.

(3) Nous avons vu (*supra,* n. 740) que le mineur émancipé peut intenter seul une action possessoire.

759. Il en est de même en ce qui concerne l'action en partage. L'art. 840 est formel à cet égard; sa disposition doit l'emporter, comme étant de date plus récente, sur celle des art. 484 et 465 combinés, qui paraissent exiger en outre l'autorisation du conseil de famille.

760. Le code ne parle pas des actions relatives à l'état ou à la capacité (demandes en désaveu, en nullité de mariage, en divorce ou séparation de corps, en séparation de biens, en interdiction ou en dation de conseil judiciaire). Aussi la question est-elle des plus délicates. On admet généralement que l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante pour habiliter le mineur [1]. C'est l'application de notre principe général sur la capacité du mineur.

761. Aux termes de l'art. 482, le mineur a besoin de l'assistance de son curateur pour recevoir un capital mobilier et en donner décharge. La loi ne distinguant pas, il importe peu que ce capital appartienne au mineur avant l'émancipation ou qu'il provienne d'économies réalisées par celui-ci [2].

Toucher un capital mobilier et en donner décharge est un acte d'administration, mais non un acte de pure administration : voilà pourquoi la loi exige ici l'assistance du curateur. Et, pour donner plus d'efficacité à cette mesure de protection, elle oblige le curateur à surveiller l'emploi du capital reçu. Cette surveillance paraît impossible, car une fois que le mineur tiendra l'argent, comment son curateur pourra-t-il lui imposer un emploi utile? Tout ce qu'il pourra faire évidemment, c'est de donner à ce sujet des conseils au mineur. Il faut pourtant trouver un moyen, direct ou indirect, pour mettre le curateur à même de remplir la mission dont il est investi; autrement la mesure de protection établie par la loi deviendrait illusoire. Aussi admet-on que le curateur peut subordonner son assistance à la condition qu'il sera fait immédiatement tel emploi des fonds touchés par le mineur ou que

(1) Valette sur Proudhon, II, p. 434, note *a*; Duranton, III, n. 691; Demolombe, VIII, n. 11 s.; Laurent, V, n. 226 s.; Huc, III, n. 486; Aubry et Rau, I, § 133, texte et notes 14 s.

(2) Demolombe, VIII, n. 299; Laurent, V, n. 224; Aubry et Rau, I, § 133, texte et note 3.

ces fonds seront déposés entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée jusqu'à ce qu'on en ait trouvé un emploi avantageux [1].

Le curateur pourrait être déclaré responsable s'il ne remplissait pas convenablement la mission de surveillance dont la loi l'investit; mais, en aucun cas, les tiers qui se seraient libérés entre les mains du mineur assisté de son curateur ne pourraient être inquiétés, si le mineur faisait mauvais emploi des fonds. Arg. art. 6 *in fine* de la loi du 27 février 1880.

Il résulte de la disposition de l'art. 482 que le mineur ne peut pas, sans l'assistance de son curateur, signifier le commandement préalable à la saisie. Car il donnerait par là le pouvoir de toucher la somme due, et il ne peut pas donner un pareil mandat sans l'assistance de son curateur [2].

762. Aux termes de l'art. 935 al. 2, le mineur émancipé ne peut accepter une donation sans l'assistance de son curateur.

763. Il en est de même pour l'aliénation des meubles incorporels et la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, du moins lorsqu'il s'agit du mineur qui a été émancipé expressément du vivant de ses deux auteurs, ou tacitement par son mariage (*supra*, n. 751 et 752). En ce qui concerne cependant les inscriptions de rente sur l'Etat, l'ordonnance du 29 avril 1831 dispose, dans son art. 9, que la conversion en titres au porteur ne sera pas admise pour les inscriptions appartenant à des mineurs. Cette ordonnance n'ayant pas été abrogée, expressément du moins, par la loi du 27 février 1880, on admet généralement qu'elle est restée en vigueur [3]. La solution contraire peut cependant fort bien être défendue. Etant donné la capacité que la loi de 1880 confère aux mineurs émancipés appartenant aux catégories dont nous nous occupons, d'aliéner leurs meubles incorporels quelconques avec le seul concours de leur curateur, étant donné, d'autre part, que cette loi soumet aux mêmes condi-

(1) Demolombe, VIII, n. 302.

(2) Demolombe, VIII, n. 285; Aubry et Rau, I, § 133, texte et note 6. — Cpr. Laurent, V, n. 220.

(3) Huc, III, n. 490. — Circ. du ministre des finances, 10 mars 1880, *J. G.*, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 407.

tions l'aliénation des valeurs et la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, il paraît difficile d'admettre que l'ordonnance de 1831 soit restée en vigueur. Aussi certains auteurs la considèrent-ils comme comprise dans la formule générale d'abrogation qui se trouve dans l'art. 12 de la loi [1].

764. Pour consentir à la conversion d'une saisie immobilière en vente volontaire, le mineur émancipé a également besoin de l'assistance de son curateur (C. pr., art. 744).

765. Si le curateur refuse son concours au mineur, celui-ci peut-il exercer contre lui un recours ? Sans doute, le curateur est investi d'une mission essentiellement personnelle [2], mais il est cependant bien difficile de refuser au mineur tout recours contre le refus d'assistance. La curatelle est avant tout une institution de protection et de défense ; le curateur n'a que des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du mineur. Il est impossible que, par son obstination et son mauvais vouloir, il puisse nuire aux intérêts de celui-ci. La curatelle, instituée pour protéger le mineur, ne doit pas se retourner contre lui. Aussi admet-on généralement que le recours est possible. Mais on se divise sur le point de savoir devant quelle autorité il sera formé et quelle est la procédure à suivre. L'opinion la plus communément admise fait le conseil de famille juge du conflit entre le mineur et son curateur. Le conseil de famille est, dit-on, investi du pouvoir prépondérant en matière de curatelle comme en matière de tutelle. Il pourra donc enjoindre au curateur d'assister le mineur, ou bien le remplacer par un curateur *ad hoc*, ou même le révoquer [3]. La décision du conseil de famille n'est d'ailleurs pas souveraine et elle peut elle-même être attaquée devant le tribunal. Il paraîtrait plus juridique de décider que le recours du mineur doit être porté devant le tribunal [4]. Celui-ci a une compétence générale pour statuer sur les contestations relatives aux intérêts privés, tandis que le conseil de famille n'a qu'une juridiction d'exception, et nous ne

(1) Bressolles, *op. cit.*, p. 46. Aubry et Rau, I, § 133, note 10 *bis*.
(2) Cpr. Laurent, V, n. 228.
(3) Demolombe, VIII, n. 314 ; Aubry et Rau, I, § 133, texte et note 20.
(4) Laurent, V, n. 228. Hue, III, n. 487.

voyons pas qu'aucun texte le déclare ici compétent. Le tribunal ne pourra pas sans doute obliger le curateur à prêter son concours au mineur, mais il pourra nommer un curateur *ad hoc*.

766. On a demandé si le curateur peut faire pour le mineur un acte que celui-ci se refuse à faire. La question n'en est pas une. Le mineur émancipé agit en personne ; son curateur ne le représente pas et se borne à l'assister. C'est donc au mineur à prendre l'initiative de l'acte [1].

SECTION III

COMMENT L'ÉMANCIPATION PREND FIN

767. L'émancipation prend fin par la mort du mineur, par sa majorité et par la révocation de l'émancipation.

Nous n'avons rien de particulier à dire en ce qui concerne les deux premières causes, mais il est nécessaire d'entrer dans quelques développements relativement à la troisième.

768. Le mineur émancipé a capacité pleine et entière en ce qui regarde les actes de pure administration (art. 481). La loi, l'assimilant sur ce point à un majeur, ne lui accorde pas le secours de la *restitution*, c'est-à-dire de la rescision pour cause de lésion, contre les obligations qu'il a contractées en se renfermant dans les limites de son droit d'administration (art. 481) ; mais elle l'autorise, dans certains cas et sous certaines conditions, à en obtenir la réduction, privilège qui est toujours refusé au majeur.

On lit à ce sujet, dans l'art. 484, al. 2 : « *A l'égard des » obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou » autrement, elles seront réductibles en cas d'excès ; les tribu- » naux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du » mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront » contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses* ».

Quelles sont au juste les obligations que notre article déclare réductibles en cas d'excès ? « Il s'agit, dit Valette, de

[1] Demolombe, VIII, n. 315 et 316 ; Laurent, V, n. 228 ; Aubry et Rau, I, § 133, p. 852.

» toute opération qui peut *induire le mineur en dépense*, et » qui, si elle eût été modérée, aurait été parfaitement régu- » lière comme acte d'administration ». De là il résulte :

1° Que le mineur ne peut pas demander la réduction des obligations résultant d'actes qu'il a valablement accomplis avec le concours de son curateur, ou en remplissant les formalités légales. Si les prescriptions légales n'avaient pas été observées, il y aurait lieu, suivant les cas, à l'action en rescision pour cause de lésion, ou à l'action en nullité pour vice de forme, mais non à l'action en réduction de l'art. 484 (1).

2° Que les seules obligations réductibles sont celles qui résultent d'actes de pure administration que le mineur est capable de faire seul, et non pas, comme on l'a soutenu (*supra*, n. 738), toute obligation quelconque contractée par le mineur.

3° Enfin, que notre article serait inapplicable aux actes qui n'induisent pas le mineur en dépense, bien qu'ils lui occasionnent un préjudice, comme il arriverait si le mineur avait vendu une récolte à trop bas prix, ou donné à bail un fonds de terre ou une maison à des conditions désavantageuses pour lui.

Les obligations qui peuvent être l'objet de la réduction auront le plus souvent été contractées par voie d'achats : ainsi le mineur aura acheté à crédit un mobilier somptueux, des chevaux de luxe, des équipages, alors que sa situation de fortune ne comportait pas ces acquisitions. Il faudrait en dire autant des acquisitions d'immeubles, si du moins l'on admet que de pareilles acquisitions constituent des actes d'administration qui n'excèdent pas les limites de la capacité du mineur émancipé.

La réduction peut également atteindre d'autres obligations, car la loi parle d'obligations contractées par voie d'achats ou *autrement*. Tel serait le cas où le mineur aurait loué, pour l'habiter, un appartement d'un prix exagéré eu égard à sa situation de fortune, ou commandé des constructions importantes, ou pris des engagements excessifs pour l'exploitation de ses biens (2).

(1) Cass. Paris, 20 mars 1904, D., 06. 2. 25, et la note.
(2) Demolombe, XIII, n. 333 s.; Laurent, V, n. 222; Huc, III, n. 493.

769. Il appartient aux tribunaux d'apprécier s'il y a excès dans les obligations contractées par le mineur. Sur quelles bases feront-ils cette appréciation? Ils prendront d'abord en considération la fortune du mineur, car tout est essentiellement relatif en ces matières : telle dépense qui est modérée pour un homme riche sera souvent excessive pour celui dont les ressources sont modiques. Les juges devront faire entrer aussi en ligne de compte l'utilité des dépenses. Enfin ils auront égard à la bonne ou à la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur; ils devront donc, toutes choses égales d'ailleurs, traiter un fournisseur de mauvaise foi plus rigoureusement qu'un fournisseur de bonne foi. Le fournisseur sera de mauvaise foi lorsque, connaissant la situation de fortune du mineur, il aura pu facilement juger que la dépense était excessive.

770. Le juge ne peut pas relever complètement le mineur de ses obligations. L'art. 484 parle de réduction et non pas d'annulation.

L'action de l'art. 484 est tout à fait distincte de l'action en rescision pour cause de lésion. Les deux actions sont fondées sur des motifs différents; elles n'ont pas le même objet. La cour de cassation cependant n'observe pas rigoureusement cette distinction. Et notamment en ce qui concerne les acquisitions d'immeubles, elle permet au juge d'aller jusqu'à la réduction totale (V. *supra,* n. 733).

771. L'action en réduction autorisée par l'art. 484 est un secours particulier que la loi accorde au mineur victime de son inexpérience. Elle ne peut être exercée que par le mineur ou par ses représentants.

On admet unanimement que le curateur ne peut, en se fondant sur notre texte, demander la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur [1].

Certains auteurs enseignent que l'action peut être intentée par ceux qui peuvent prononcer le retrait de l'émancipation (père, mère ou conseil de famille) [2]. La révocation de l'éman-

[1] Demolombe, VIII, n. 348; Laurent, V, n. 241; Huc, III, n. 493; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 10.

[2] Valette sur Proudhon, II, p. 443; Demolombe, VIII, n. 347 et 348.

cipation ne pouvant avoir lieu qu'après la réduction des engagements du mineur, le droit de révoquer l'émancipation que la loi reconnaît à ces personnes serait illusoire, si elles ne pouvaient pas provoquer cette réduction. Cette opinion est cependant très généralement rejetée. Sans doute, la réduction des engagements contractés par le mineur est le préliminaire obligé du retrait de l'émancipation; mais la révocation de l'émancipation n'est pas le but de l'action en réduction; ce n'en est même pas la conséquence nécessaire. Si la loi avait dit que dans tous les cas où il y a lieu à réduction, le bénéfice de l'émancipation sera retiré au mineur, on comprendrait que l'exercice de l'action en réduction appartînt aux personnes qui peuvent révoquer l'émancipation. Mais telle n'est pas la disposition de la loi. La réduction peut être prononcée sans que l'émancipation soit révoquée. La réduction est admise dans le seul intérêt du mineur. C'est donc à lui seul ou à ses représentants que la loi réserve l'exercice de l'action [1]. Maintenant, une fois que le mineur, en demandant lui-même la réduction de ses engagements, aura reconnu et fait constater par la justice son inaptitude à gérer ses affaires, il appartient aux personnes désignées par la loi de statuer sur le maintien ou le retrait de l'émancipation.

772. L'art. 485 dit à ce sujet : « *Tout mineur émancipé » dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'ar- » ticle précédent pourra être privé du bénéfice de l'émancipa- » tion, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes » que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer* ».

La plupart des auteurs admettent que l'émancipation peut être retirée au mineur, par cela seul que ses engagements ont été *jugés excessifs*, alors même que le tribunal aurait cru ne pas devoir en prononcer la réduction, eu égard à la bonne foi des tiers qui ont contracté avec lui [2]. Logiquement, dit-on, la cause de la révocation existe, quand les engagements du mineur sont jugés excessifs ; il importe peu que, par suite

[1] Laurent, V, n. 241 ; Huc, III, n. 493 ; Aubry et Rau, I, § 132, texte et note 10.

[2] Marcadé, II, n. 392 ; Demolombe, VIII, n. 346 ; Huc, III, n. 497 ; Aubry et Rau, I, 1135, texte et note 1. — Cpr. Demante, II, n. 256 *bis*, II ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 213, note 1.

d'une circonstance indépendante de sa personne, ces engagements soient maintenus. Cette solution est certainement la meilleure au point de vue théorique. Mais là n'est pas la question ; il s'agit de savoir si le législateur l'a consacrée. Or la négative paraît bien résulter des termes de l'art. 485, qui fait de la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur une condition du retrait de l'émancipation (arg. des mots : Tout mineur émancipé *dont les engagements auraient été réduits...*) (1).

773. L'émancipation peut-elle être révoquée pour cause d'inconduite du mineur et sans que ses engagements aient été réduits comme excessifs? On l'a soutenu, en se fondant sur l'esprit de la loi qui n'a pas voulu évidemment permettre au mineur d'abuser de la liberté qui lui est conférée pour se livrer à l'inconduite. D'autre part, a-t-on dit, les tribunaux, chargés de protéger les incapables, ont le devoir de défendre le mineur contre ses propres égarements. Mais cette manière de voir est très généralement repoussée. Elle a contre elle le texte de la loi. L'art. 485 doit être interprété restrictivement, puisqu'il autorise une mesure de déchéance. Or il ne permet de révoquer l'émancipation que lorsque les engagements du mineur ont été réduits comme excessifs (2).

774. Par qui et dans quelles formes l'émancipation sera-t-elle retirée au mineur dont les engagements ont été réduits par application de l'art. 484? La loi répond : « L'émancipa- » tion lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles » qui auront eu lieu pour la lui conférer ». Prise à la lettre, cette formule conduirait souvent à des impossibilités. Ainsi il se peut que, l'émancipation ayant été conférée par la mère, celle-ci soit morte aujourd'hui ; il est clair que l'émancipation ne peut plus être retirée au mineur dans la forme où elle lui a été conférée. La loi a voulu dire que les formes à suivre pour retirer l'émancipation à un mineur sont les mêmes que

(1) Laurent, V, n. 240.

(2) Laurent, V, n. 239 ; Huc, III, n. 493 ; Aubry et Rau, I, § 135, texte et note 2. — Trib. de Toulouse, 15 nov. 1882, S., 83. 2. 96, *J. G., Suppl.*, v° *cit.*, n. 747. — Trib. de la Seine, 13 juil. 1900, et Paris, 9 janv. 1901, S., 01. 2. 35. — *Contra* Demolombe, VIII, n. 357.

celles qu'il y aurait lieu de remplir s'il s'agissait actuellement de la lui conférer. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, le retrait de l'émancipation sera opéré par le conseil de famille en la forme prescrite par l'art. 478.

775. Malgré la généralité de sa disposition, l'art. 485 paraît inapplicable à l'émancipation résultant du mariage (art. 476). La qualité de mineur en tutelle ou sous puissance paternelle a été regardée par le législateur comme incompatible avec celle d'époux ou de père ; l'émancipation résultant du mariage doit donc être irrévocable. D'ailleurs, les termes de l'art. 485 *in fine* prouvent bien que le législateur ne songeait pas ici à l'émancipation tacite, car il dit que l'émancipation sera retirée en suivant les *mêmes formes* que celles qui ont eu lieu pour la conférer; or, l'émancipation tacite n'est soumise à aucune forme, puisqu'elle résulte de plein droit du fait du mariage (1).

Les raisons qui viennent d'être déduites doivent même conduire à décider que l'émancipation résultant du mariage continuerait à être irrévocable après sa dissolution (2); et cela sans distinguer s'il en reste ou non des enfants.

Il en sera de même si le mineur s'est marié après une émancipation expresse. Sans doute, l'art. 485 n'est pas alors textuellement inapplicable. Mais, en supposant que l'émancipation expresse puisse être révoquée, il reste toujours la qualité d'époux qui émancipe de plein droit (3).

776. Le mineur peut-il exercer un recours contre la décision qui lui retire le bénéfice de l'émancipation? Cette question, qui est controversée, doit, nous semble-t-il, être résolue par la distinction suivante :

A. La déclaration de révocation faite par le père ou la mère n'est susceptible d'aucun recours, car le père et la mère sont, en principe, souverains dans l'exercice de la puissance paternelle. L'annulation de la déclaration ne pourrait être deman-

(1) Proudhon, II, p. 441 et 442; Toullier, II, n. 1303; Duranton, III, n. 675; Vazeille, *Du mariage*, II, n. 465; Zachariæ, I, § 243, texte et notes 7 et 8; Demolombe, VIII, n. 349 à 351; Aubry et Rau, I, § 135, texte et note 3.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, § 135, p. 856.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

dée que pour vice de forme ou absence des conditions légales [1].

B. Si le retrait de l'émancipation a été prononcé par le conseil de famille, la délibération peut sans doute être attaquée pour vices de forme. Quant à la question de savoir si un recours est possible pour un motif tiré du fond, elle est, nous l'avons vu, controversée (V. *supra*, n. 422 s.).

777. Les effets du retrait de l'émancipation sont indiqués, incomplètement d'ailleurs, par l'art. 486 : « *Dès le jour où* » *l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en* » *tutelle et y restera jusqu'à sa majorité accomplie* ».

La loi nous dit que le mineur rentrera en tutelle. Cela n'est pas absolument exact. Si les père et mère du mineur sont vivants au moment du retrait de l'émancipation, le mineur rentrera sous puissance paternelle, car il ne peut être question de tutelle, tant que ses deux protecteurs naturels sont là pour veiller sur lui [2]. D'autre part, si, les père et mère du mineur étant vivants lors de l'émancipation, l'un d'eux est décédé à l'époque où elle est retirée, le mineur ne *rentrera* pas en tutelle, puisqu'il n'y a jamais été, mais il y *entrera*.

Maintenant, d'après quelles règles sera déférée la tutelle du mineur dont l'émancipation est révoquée? La loi ne contenant sur ce point aucune disposition spéciale, nous en conclurons qu'il faut se référer aux principes du droit commun. L'ancienne tutelle ne revit pas; c'est une nouvelle tutelle qui s'ouvre. L'ancien tuteur ne recouvre donc pas de plein droit ses fonctions. La tutelle sera déférée d'abord au survivant des père et mère, à son défaut aux ascendants les plus proches, et enfin, à défaut de ceux-ci, à un tuteur nommé par le conseil de famille. Mais il n'y aura pas lieu à la tutelle testamentaire; car la délation de cette tutelle suppose que le survivant des père et mère a géré la tutelle jusqu'au jour de son décès [3].

[1] Laurent, V, n. 242.

[2] Laurent, V, n. 243; Aubry et Rau, I, § 135, note 7.

[3] Toullier, II, n. 1303; Proudhon, II, p. 443 et 444; Duranton, III, n. 676; Demolombe, VIII, n. 366; Laurent, V, n. 243; Huc, III, n. 499; Aubry et Rau, I, § 135, p. 857. — Bien entendu, si le survivant des père et mère avait été investi de la tutelle légale après le retrait de l'émancipation et qu'il eût conservé cette tutelle jusqu'à son décès, il pourrait nommer, pour le remplacer, un tuteur testamentaire.

778. Lorsque l'émancipation a été révoquée, le mineur ne peut pas être émancipé de nouveau ; on s'en tient à la première expérience ; il pourrait être dangereux d'en tenter une deuxième. Et toutefois la règle recevrait exception au cas où le mineur dont l'émancipation a été révoquée se marierait. L'état de mineur en tutelle est incompatible avec celui d'époux. D'ailleurs, l'art. 476 dit, en termes absolus, que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

779. Aux termes de l'art. 487 : « *Le mineur émancipé qui* » *fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs* » *à ce commerce* ». Les développements que comporte cette matière appartiennent au droit commercial. Nous nous bornons à y renvoyer.

DE LA

MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION

ET DU CONSEIL JUDICIAIRE

(Livre I, titre XI du Code civil).

INTRODUCTION

DE LA MAJORITÉ

Notions générales et historiques sur la condition des aliénés.

780. « *La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis : à » cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf » la restriction portée au titre du* MARIAGE ». Art. 488.

Le mineur, du moins quand il n'est pas émancipé, est frappé d'une incapacité générale. Au contraire, le majeur jouit d'une capacité complète. Il y a donc une grande importance à déterminer le moment où s'opère cette transformation, c'est-à-dire le moment précis où les vingt-un ans sont accomplis. Or, il y a sur ce point quelques difficultés.

Il s'agit de savoir si le délai de la majorité se calcule par jours, *de die ad diem*, ou par heures *de momento ad momentum*. Un individu est né le 15 janvier 1888 à midi; sera-t-il majeur et par suite capable le 15 janvier 1909 à midi, ou seulement à la fin de ce jour, par conséquent douze heures

plus tard [1]? Les Romains comptaient le délai de la majorité par heures, *de momento ad momentum* (l. 3, § 3, D., *De min. XXV ann.*, IV, 4) et tel paraît bien être aussi le mode de calcul adopté par notre législateur. En effet l'art. 57 fait figurer l'heure de la naissance parmi les énonciations que doit contenir l'acte de naissance. Or cette indication paraît avoir été exigée principalement en vue de fixer le point de départ du délai à l'expiration duquel la majorité sera acquise [2].

Ceux qui pensent que le délai de la majorité doit être calculé par jours et non par heures, opposent que « la minorité est une cause de suspension de la prescription (art. 2252), et que la prescription se compte, non point d'heure à heure, mais de jour à jour (art. 2260); or, si la majorité se calculait *de momento ad momentum*, on serait forcé d'introduire ce mode de calcul là où la loi l'écarte expressément » [3]. La réponse est facile. Le calcul de la prescription devant se faire par jours et non par heures, la prescription sera suspendue au profit du mineur pendant toute la durée du jour où s'accomplira sa majorité : il sera donc réputé mineur, au point de vue de la prescription, pendant toute la durée de ce jour; ce qui n'empêche pas qu'à tous autres égards il devra être considéré comme majeur à dater du moment où le calcul par heures lui a donné vingt-un ans accomplis. On a encore objecté les difficultés pratiques auxquelles peut donner lieu le calcul par heures, *de momento ad momentum*. Mais ne voyons-nous pas que, de l'avis de tous, l'incapacité de la

[1] Il a été encore soutenu que la majorité daterait du premier instant, du premier jour de la vingt-deuxième année, par conséquent, dans notre exemple, le 14 janvier 1880 à minuit. Delaporte, *Pand. franç.*, I, p. 209, art. 57. — Cf. Pothier, *Tr. des donat. testam.*, ch. III, art. 2, n. 131; Nouveau Denizart, v° *Age*, § 4, n. 1.

[2] Nancy, 10 mars 1888, D., 88. 2. 212, S., 89. 2. 105. — Nîmes, 17 mai 1888, D., 89. 2. 3, S., 89. 2. 109. — *Sic* Fréminville, *Tr. de la minorité*, I, n. 2 et 3; Demolombe, VIII, n. 407; Valette sur Proudhon, *Tr. de l'état des personnes*, II, p. 446; Marcadé, II, p. 183-184 sur l'art. 388, n. 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, p. 383, § 196, n. 2; Laurent, IV, n. 362; Beudant, III, p. 154 et 521; Planiol, I, n. 457; Huc, III, n. 231.

[3] Delisle, *Tr. de l'interpr. jurid.*, I, § 117; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Comment. du C. civ.*, I, n. 710; Demante, *Cours anal. de C. civ.*, II, n. 134 *bis*.

femme mariée a pour point de départ le moment même de la célébration du mariage? Et cependant une difficulté semblable peut se produire pour préciser ce moment, une difficulté plus grave, même, car ordinairement l'acte de mariage ne fournira aucun renseignement sur l'heure de la célébration, dont la loi n'exige pas l'indication (art. 76), tandis que l'acte de naissance, s'il a été rédigé conformément aux prescriptions de la loi (art. 57), ce qui arrivera le plus souvent, contiendra l'indication de l'heure de la naissance.

Cependant si l'acte de naissance ne portait pas l'heure de la naissance, nous pensons que, dans ce cas, il faudrait reporter la date de la majorité à l'expiration du jour anniversaire.

Pour ceux qui sont nés le 29 février d'une année bissextile, il est de règle que le jour bissextile se confond avec le jour qui précède, et ne compte pas dans les délais d'année. Par conséquent, la majorité sera acquise le dernier jour du mois de février de la vingt-et-unième année.

781. Après avoir formulé ce principe que le majeur « est capable de tous les actes de la vie civile [1], la loi ajoute : « sauf la restriction portée au titre *du Mariage* ». Ces mots font allusion à l'obligation que la loi impose aux fils de famille, même majeurs, qui veulent contracter mariage, d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants (voy. art. 148 et s.). Il existe, en ce qui concerne l'adoption, une restriction du même genre, que notre article a oublié de mentionner (art. 346). Il faut également rappeler que les condamnations judiciaires entraînent certaines privations de droits (art. 22 et C. civ.), mais deux restrictions beaucoup plus graves résultent de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire dont la loi va parler dans les chapitres II et III.

Quand la loi dit que le majeur est capable de tous les actes civils, elle suppose un majeur jouissant des lumières de la raison. Le fou est incapable de se conduire lui-même, parce qu'il manque de l'élément indispensable, la liberté : de là

[1] La majorité politique est en principe la même que la majorité civile, sauf quelques exceptions pour l'exercice de certaines fonctions.

précisément le nom générique d'*aliénés* que l'on donne à ceux qui sont privés de leurs facultés mentales. L'altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles doit donc influer sur la capacité du majeur. Dans quelle mesure? Théoriquement chaque acte civil, accompli par un individu qui ne jouit pas complètement de ses facultés mentales, devrait donner lieu à un examen spécial; d'après le résultat de cet examen, l'acte serait annulé ou maintenu suivant les cas. Il y a, en effet, des nuances infinies dans l'altération des facultés intellectuelles, depuis le simple d'esprit jusqu'au fou furieux; et, d'un autre côté, chez un même sujet, l'état mental comporte des variantes : ainsi il y a des fous qui ont des intervalles lucides. Mais en pratique, ce système donnerait lieu à une foule de procès très difficiles à juger : comment, en effet, le juge, chargé de statuer sur la validité d'un acte, pourra-t-il se renseigner exactement sur l'état mental de l'auteur de cet acte à l'époque où il a été accompli? D'un autre côté, ce système ne procurerait pas une protection suffisante à l'insensé; car, dans le doute, le juge maintiendra un grand nombre d'actes préjudiciables pour lui.

Avant d'étudier le système adopté par notre législateur, nous allons résumer les règles suivies par le droit romain et par notre ancien droit.

HISTORIQUE

I. *Droit Romain* (1).

782. Le droit romain s'est occupé des aliénés et des prodigues : les uns et les autres sont placés en curatelle; mais il y a cependant entre eux des différences telles qu'il vaut mieux les envisager séparément.

783. I. **Aliénés.** — Le monument le plus ancien où il est parlé des aliénés est un fragment de la loi des XII Tables rapporté par Cicéron : « *Si furiosus escit, ast ei custos erit,*

(1) Voir Accarias, *Précis de droit romain*, I, § 167 et s.; Cuq, *Instit. jurid. du droit rom.*; Maynz, *Cours de droit romain*; Ortolan, *Instit. Justin.*; Audibert, *Études sur l'histoire du droit romain : la folie et la prodigalité*; Girard, *Manuel élém. de dr. rom.*

adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus protestas esto » [1]. Le soin de la personne et des biens du *furiosus* appartenait donc à ses agnats et à défaut à ses gentils.

Mais que faut-il entendre par *furiosus?* Sur ce point les interprètes de la législation romaine sont loin d'être d'accord. L'opinion la plus généralement admise fait une distinction entre le *furiosus* dont s'occupait la loi des XII Tables, et le *demens* ou *mente captus*. Le *furiosus* serait celui qui, quoique atteint de folie, aurait des intervalles lucides; quant au *mente captus,* c'est le fou atteint de démence perpétuelle. On aurait protégé le *furiosus* parce que, « dans ses intervalles lucides, il pourrait faire des actes qui compromettraient son patrimoine et nuiraient plus tard à ses héritiers ». Ce danger n'existait pas avec les *dementes* parce que, à cause de leur état, ils étaient constamment incapables de faire un acte juridique valable.

D'après M. Audibert, il est impossible de distinguer le *furiosus* et le *demens* d'après le caractère temporaire ou permanent de la folie; plusieurs textes supposent que la *furor* était un état habituel [2] et inversement certains autres présentent les *mente capti* comme atteints de folie intermittente [3]. Aussi propose-t-il de voir dans les *furiosi* les fous atteints de folie ordinaire, ceux qui sont dans l'état d'aliénation complet, qui ne comprennent rien : *mentis ad omnia cæcitas*. Quant au *mente captus* c'est celui qui a conservé une partie de sa raison, mais qui est induit en erreur par son esprit. Quoi qu'il en soit, il est bien certain que peu à peu, et sous l'influence du préteur, toute distinction disparut et que la situation de tous les aliénés fut la même.

Le fou est dans un état d'incapacité absolue, qui frappe tous les actes qu'il fait, mais qui s'interrompt à chaque intervalle lucide; à ce moment sa capacité complète revient, les actes qu'il accomplit au cours d'un intervalle lucide sont donc valables. Le juge n'aura pas à rechercher, — comme d'après notre code civil — si l'aliéné était ou non doté d'un

[1] Cicéron, *De invent.*, II, 50, 148; *Tusculanes*, III, 5, II.

[2] L. 18, Dig., *De off. præsid.*; l. 22, § 8, Dig., *Solut. matrim.*

[3] Paul. *Sent.*, III, 4, § 11.

curateur, mais simplement s'il a pu donner un consentement régulier.

On lui désigne un curateur; la curatelle, primitivement, fut exclusivement légitime et déférée aux agnats et aux gentils; puis on admit la curatelle déférée par le magistrat et enfin une curatelle testamentaire.

Le curateur a une double mission. Il veille sur la personne de l'aliéné, doit chercher à procurer sa guérison et à empêcher qu'il occasionne aucun dommage; à cet effet il a le droit de le faire enfermer (l. 7 pr., Dig., *de curat. furiosi* XXVII, 30). Il a sur les biens de l'aliéné des pouvoirs très étendus, qui depuis la loi des XII Tables furent progressivement restreints. Mais à la différence du tuteur, il n'est pas appelé à valider par son *auctoritas* les actes de l'aliéné, il ne peut procéder que par voie de *gestio*, jouissant, en effet, d'une entière capacité pendant les intervalles lucides, l'aliéné ne pouvait rien faire absolument durant ses accès de folie. La responsabilité du curateur est organisée comme celle du tuteur, sauf qu'il n'y a pas d'*actio tutelæ*, mais bien une *actio directa negotiorum gestorum* qui peut être intentée pendant la curatelle.

784. II. Prodigues. — A l'époque des XII Tables, les prodigues étaient frappés d'un décret d'interdiction et placés également en curatelle : mais le décret n'était prononcé que contre ceux qui avaient reçu *ab intestat* des biens familiaux : ceci résulte de la formule du décret : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (Paul, *Sent.*, III, 4, § 7). A l'époque classique, la curatelle s'applique indifféremment à tous les prodigues et à tous leurs biens. Comment est-on arrivé à ce résultat? Suivant les uns, il a fallu un décret d'interdiction; suivant les autres, ce décret d'interdiction n'était exigé que pour ceux qui étaient désignés par la loi des XII Tables. Quant aux autres, leur incapacité ne viendrait pas d'un décret d'interdiction, mais d'un simple rapprochement fait par la doctrine entre eux et les fous [1].

Il y a entre les fous et les prodigues une différence essen-

[1] Accilleul, op. cit., p. 251 et s.

tielle : Le fou est incapable *natura :* dès que la folie cesse, l'incapacité disparaît et en même temps la curatelle. Au contraire le prodigue est frappé d'une incapacité tenant à la loi ; il est incapable parce qu'il est interdit : tant que le décret d'interdiction n'est pas prononcé, il reste capable, et il demeurera incapable jusqu'au moment où ce même décret aura été levé.

En quoi consiste son incapacité? D'après la loi des XII Tables, il est privé du *commercium ;* par conséquent il ne pourra ni aliéner, ni s'obliger, ni tester. Puis on est arrivé à la distinction traditionnelle, qui place le prodigue à peu près dans la même situation que le pupille : il pourra faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure, mais il ne peut pas rendre sa condition pire.

Quant à la curatelle, elle fut légitime à l'époque de la loi des XII Tables et appartint aux agnats et aux gentils : plus tard, à défaut de curateurs légitimes, le magistrat désigna le curateur. Le rôle du curateur est absolument le même que le rôle du curateur du fou, il se borne à la *gestio.* L'opinion suivant laquelle il aurait donné au prodigue le *consensus,* dans les cas où le pupille aurait dû avoir l'*auctoritas,* est aujourd'hui complètement abandonnée (1).

II. *Ancien droit.*

785. 1. Aliénés. — Ce n'est qu'au XIIIe siècle qu'on trouve des textes concernant les aliénés. On distingue à cette époque deux catégories : les *fols natura,* ceux qui sont atteints de folie congénitale, et les *forsennés,* ceux qui, frappés de folie au cours de leur existence, sont susceptibles de recouvrer leur lucidité d'esprit : ceux-ci sont pleinement capables dans les intervalles lucides. Ils conservent tous leurs droits (2), sauf toutefois le droit d'aînesse (3).

A la fin de la période féodale, la situation des aliénés est

(1) *Sic* Girard, p. 218; Audibert, p. 251. — *Contra :* Accarias, I, p. 142.

(2) Livre de justice et de plet, *De droit de personne,* § 5, *Des esposailles et de mariage,* § 24. — Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis,* ch. VII, § 15, ch. III, § 18, ch. XXXIV, § 56.

(3) Beaumanoir, *op. cit.,* ch. LVI, § 9.

nettement établie : « Les insensés sont ceux qui sont privés de la raison après l'âge où ils devraient l'avoir, et comme cet état les rend incapables de tout engagement et de l'administration de leurs biens, on les met sous la conduite d'un curateur » [1]. Les personnes qui peuvent demander l'interdiction sont la femme, les enfants ou autres héritiers présomptifs de l'aliéné. La procédure était assez simple : une requête était présentée au juge du domicile ; celui-ci ordonne la convocation du conseil de famille ; puis, après une enquête sur l'exactitude des faits allégués, l'insensé était interrogé : le tribunal prononce ensuite [2]. Au début, les sentences d'interdiction ne recevaient aucune publicité, mais des arrêts de règlement du 18 mars 1614 et du 23 décembre 1621 en ordonnèrent la publication à son de trompe, à l'audience, aux marchés et carrefours avec inscription « au tableau qui est près de la chapelle et aux études des notaires » [3] ; l'ordonnance de 1629 prescrit l'affichage des sentences d'interdiction dans les greffes des juridictions ordinaires et leur publication à peine de nullité au regard des tiers.

L'interdiction avait pour résultat de placer l'interdit en curatelle : le curateur devait prendre soin de sa personne et administrer ses biens. Quant à la capacité de l'interdit, elle fut ce qu'elle était dans la doctrine romaine avec certains tempéraments dans les pays de droit écrit. Dans les pays coutumiers, des modifications profondes furent introduites : on rendit la preuve des intervalles lucide très difficile, et on finit même par décider que ces intervalles lucides n'empêcheraient pas l'interdiction de subsister, du moins pour les contrats ordinaires ; ces actes seront nuls *ipso jure* [4]. Mais il semble bien qu'on ait reconnu aux aliénés le droit de se marier dans un intervalle lucide [5], et leur testament était validé s'il contenait des dispositions sages et raisonnables [6].

[1] Duparc, *Loix civiles*, tit. II, sect. II ; Brodeau sur Loiset, *Rec. de plusieurs notables arrêts*.

[2] Ferrière, *Dict. de droit et de pratique*, v° *Interdit*.

[3] Brodeau sur Loiset, *op. cit.*

[4] Brodeau, *loc. cit.* ; Ferrière, *loc. cit.*

[5] Merlin, *Dispenses du mariage*, chap. IX.

[6] Renusson, *Du coutumier, condit. des personnes*.

Enfin l'interdiction paraît avoir eu pour effet de faciliter la preuve de la folie pour les actes antérieurs à l'interdiction, du moins pour ceux passés dans l'intervalle qui s'étend de l'interdiction au prononcé du jugement [1].

786. II. **Prodigues** [2]. — Pendant longtemps on les assimila aux aliénés et on les frappa d'interdiction. Mais à la longue cette interdiction générale parut trop rigoureuse et contraire aux besoins de la pratique. On adopta alors l'interdiction spéciale, c'est-à-dire qu'on défendait aux prodigues d'accomplir certains actes sans l'assistance d'un conseil qui lui était désigné par le tribunal. C'était le tribunal qui appréciait souverainement les actes qu'il y avait lieu d'interdire : à ceux qui se ruinaient par des aliénations, on interdisait la faculté de disposer ; à ceux qui avaient la manie des procès, on interdisait de plaider ; à d'autres, de bâtir ou de s'obliger. Dans ces hypothèses d'interdiction spéciale, ce n'est plus le conseil qui agit personnellement, c'est le prodigue et le conseil lui donne simplement, par son assistance, le complément de capacité nécessaire.

III. *Droit intermédiaire.*

787. Le droit intermédiaire s'est très peu occupé de l'interdiction : on peut citer cependant la loi des 16-24 août 1790 qui, dans son article 3, au titre VIII, ordonne que le ministère public sera entendu dans les procès en interdiction ; celle du 29 août 1790, qui prescrit aux juges de district de procéder à l'interrogatoire des détenus aliénés et de les faire placer dans des hôpitaux après avis des médecins ; la loi du 22 juillet 1791, qui s'occupe des aliénés au point de vue de la police municipale et du maintien de l'ordre public, la constitution de l'an III, qui classe l'interdit parmi les personnes privées de l'exercice des droits politiques.

Cette même constitution du 5 fructidor an III paraît avoir implicitement abrogé l'interdiction pour cause de prodigalité ;

(1) Arrêt du Parlement de Paris, 21 juill. 1779.

(2) Nouveau Denisart, V, v° *Conseil nommé par justice*, § 2 ; Argou, *Instit. du dr. fr.*, liv. I, ch. IX, du curateur ; Beaumanoir, *Dr. cout. fr. de la condit. des person.*, p. 584 s. ; Viollet, *Hist. du dr. civ. franç.*, p. 549 s.

toutefois des documents contradictoires rendent cette opinion fort discutable, et un arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1810 a décidé que l'interdiction avait pu être prononcée pour cause de prodigalité [1].

IV. *Code civil et loi du 30 juin 1838.*

788. Le code civil s'est complètement écarté, en notre matière, des traditions du droit romain.

Proportionnant l'énergie du remède à la gravité du mal, il a organisé pour les personnes dont les facultés mentales sont altérées, deux régimes distincts, dont il permet ou ordonne suivant les cas l'application : l'interdiction et la soumission à l'autorité d'un conseil judiciaire. On interdit les fous ; on nomme un conseil judiciaire aux faibles d'esprit et aux prodigues. Ces deux mesures de protection, ces deux incapacités se distinguent essentiellement par leur étendue.

L'interdiction rend celui qui en est frappé incapable d'accomplir tous les actes civils : on le met en tutelle comme un mineur : tous les actes qu'il passe pendant qu'il est sous le coup de l'interdiction sont *nuls de droit*. L'incapacité de celui qui est soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire est beaucoup moins étendue : elle s'applique seulement à certains actes limitativement déterminés par la loi ; pour ces actes, l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire, pour les autres, la personne munie d'un conseil judiciaire conserve la capacité de droit commun : elle est capable sauf exceptions.

789. Tout individu atteint d'aliénation mentale n'est pas forcément interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire. Quelle était donc la situation des aliénés non interdits ? On ne pouvait que leur appliquer les principes généraux. Seul l'art. 510 décidait qu'un aliéné ne pourrait plus être interné qu'après un jugement d'interdiction et sur avis du conseil de famille : il abrogeait implicitement les dispositions de la loi des 16-24 août 1790, qui ordonnait cet internement. Cette situation était défavorable pour la société, qui risquait de voir le bon ordre et la sécurité publiques troublés, pour l'aliéné lui-même, qui

[1] P. 680. — Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue*, § 7.

était mal soigné et dont les biens étaient sans surveillance, enfin pour sa famille elle-même, qui avait à craindre la dilapidation du patrimoine de l'aliéné.

Sans doute on avait l'interdiction, mais c'est un moyen grave qui frappe d'une incapacité complète celui qui en est l'objet et qui a aussi l'inconvénient, — ceci d'ailleurs est indispensable — d'être entouré d'une trop grande publicité. On hésite à y avoir recours, car la folie de l'un de ses membres est une véritable tare pour la famille.

790. Mais si telle était la théorie, bien différente était la pratique. En fait, les internements avaient lieu très nombreux et illégaux, sans que l'interdiction eût été prononcée. On peut dire que les individus internés et interdits n'étaient que dans la proportion de 3 p. 100. La liberté individuelle était à tout instant violée. Un projet de loi fut élaboré en 1837 qui aboutit à la loi de 1838 : cette loi réglementait au point de vue administratif l'internement des aliénés et s'occupait de leur condition civile pendant le séjour dans l'établissement d'aliénés.

791. C'était évidemment un premier pas. Mais la loi était loin d'être parfaite, tant au point de vue civil qu'au point de vue administratif; on verra les critiques qui lui furent adressées. Des attaques furieuses furent dirigées contre elle vers la fin du second Empire et en 1867 une commission fut chargée d'examiner les nombreuses pétitions qui avaient été admises au Sénat. Cette commission lava le législateur de 1838 des accusations portées contre lui, tout en reconnaissant que sur certains points la loi devait être améliorée et complétée. De nouvelles pétitions se produisirent; le 12 février 1869 un décret constitua une commission mixte extra-parlementaire et le gouvernement ouvrit une enquête auprès de divers fonctionnaires. La guerre de 1870 arrêta les travaux de cette commission.

Le 26 mars 1870, Gambetta et M. Magnin déposèrent une proposition de loi tendant à la révision du régime des aliénés et en 1872, MM. Roussel-Jozon et Desjardins déposaient sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi : on les abandonna, et ce n'est qu'en 1881 que fut instituée une com-

mission extra-parlementaire dont les travaux furent résumés dans un projet de loi déposé au Sénat par le ministre de l'intérieur le 25 mars 1882. Une commission fut nommée dont le rapport fut déposé en 1884 et ce n'est qu'en 1886 que la discussion commença : le projet fut voté au Sénat le 11 mars 1887. Il ne satisfit pas complètement la Chambre des députés, et le 3 décembre 1890, MM. Joseph Reinach et Lafont déposèrent une proposition de loi qui apportait certaines modifications au projet du Gouvernement. La proposition la plus récente est celle de M. Dubief, déposée à la Chambre le 12 juin 1902, prise en considération le 28 novembre 1902 et votée par la Chambre le 22 janvier 1907.

CHAPITRE PREMIER

DES ALIÉNÉS QUI NE SONT NI INTERDITS NI INTERNÉS

792. Le législateur ne s'est pas préoccupé de la condition civile [1] des individus qui ne sont ni interdits ni internés : ils ne sont donc protégés que par les dispositions générales des lois, ils sont soumis au droit commun.

En conséquence ils sont réputés *integri status,* ils sont présumés capables. Mais pour que leurs actes soient valables, encore faut-il qu'ils les aient accomplis avec une intelligence complète : les actes d'un dément passés dans un moment de folie seront donc nuls : dans un contrat passé par un fou il n'y a pas de consentement.

Si naturelle et si rationnelle que puisse paraître cette solution, elle n'en a pas moins été combattue par certains auteurs qui ont prétendu que les actes d'un dément ne pourraient être attaqués pour insanité d'esprit si l'interdiction n'a pas été prononcée : l'art. 503, à leur avis, impliquerait cette solution [2]. Elle n'a rencontré que des adversaires : il est certain en effet que l'art. 503 est un texte de faveur et non un texte

[1] En ce qui concerne l'exercice du droit de famille, v. notre traité *Des personnes*, II, p. 144.

[2] Proudhon, II, p. 53.

restrictif : lorsque l'interdiction aura été prononcée on pourra attaquer les actes passés antérieurement pour simple démence notoire à l'époque de l'acte, sans avoir à prouver la démence au moment même de l'acte (*Infra*, n. 921 et s.).

793. Lorsqu'une personne voudra attaquer l'acte d'un fou il faudra donc qu'elle prouve la démence au moment où l'acte a été passé. Cette condition n'est cependant pas admise par tous les auteurs : certains en effet, et leur opinion est adoptée par la jurisprudence, pensent qu'il suffira d'établir que *vers* l'époque de la passation de l'acte l'individu était dans un état notoire de démence : en d'autres termes ils appliquent ici l'art. 503 C. civ., qui, à leurs yeux, loin d'être exceptionnel, est une disposition tout à fait générale [1].

Dans cette hypothèse bien entendu il n'y aurait que nullité relative de l'acte, tandis que si la preuve de la démence au moment de l'acte était rapportée il y aurait inexistence.

Pour justifier cette solution, ces divers auteurs prétendent tout d'abord que rien, dans les travaux préparatoires, n'indique cette prétendue rétroactivité que l'art. 503 semblerait attacher au jugement d'interdiction. De plus l'art. 503 ne présente pas l'interdiction comme une condition nécessaire de l'annulation : il n'exige expressément que deux conditions : un état habituel de démence et la notoriété de cet état. Enfin la preuve de la démence au moment de l'acte est une chose éminemment difficile, et si l'on se montre aussi exigeant on s'expose à laisser subsister des contrats qui ne seraient pas l'expression de la volonté de l'une des parties.

Cette théorie est peut-être la bonne en législation et la dernière critique paraît fondée : sauf discussion cependant, car un danger inverse est à redouter; il ne faudrait peut-être pas dans ces questions si délicates de recherche de discernement, donner aux tribunaux des pouvoirs trop étendus. Mais est-elle conforme à l'intention du législateur : nous en doutons. L'art. 583 est, quoi qu'on en dise, un texte exceptionnel : s'il était aussi général qu'on veut le soutenir pour-

[1] Cass., 26 fév. 1838, S., 38. 1. 533; 26 juill. 1842, S., 42. 2. 647. — Caen, 20 nov. 1826, S., 27. 2. 197; Demolombe, VIII, n. 661; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 810; Lacoste, note sous Poitiers, 30 oct. 1893, S., 1895. 3. 225.

quoi le législateur parlerait-il d'actes antérieurs à l'interdiction?

Et quant aux travaux préparatoires, puisque — malgré le discrédit dont ils jouissent actuellement — on les invoque contre nous, voici textuellement ce qu'on lit dans le rapport au tribunat de M. Bertrand de Greuille : « Les deux articles suivants (502 et 503) sont la conséquence rigoureuse de l'interdiction *prononcée*... Il est évident en effet que tous les actes passés postérieurement au jugement d'interdiction sont nuls de plein droit et que ceux qui l'ont précédé doivent être également annulés s'il est judiciairement et notoirement prouvé que la cause de la demande en interdiction existât à l'époque où ces actes ont été faits ». Locré, VII, p. 371 (1).

794. Quel est le caractère de la nullité qui entache les actes d'un dément? Suivant certains auteurs (2) la démence serait un vice du consentement qui laisserait subsister le consentement et rendrait l'acte simplement annulable. Suivant eux les articles 503 et 504 du C. civ. et l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 contiendraient une théorie générale du consentement des aliénés, dérogatoire à la théorie du consentement en matière de contrats, théorie qui devrait s'appliquer dans tous les cas où un acte est attaqué pour démence, même s'il n'y a pas internement ou interdiction.

« Notre droit actuel, disent MM. Aubry et Rau, d'accord avec la doctrine de nos anciens auteurs, ne voit, en général, dans l'oblitération permanente ou passagère des facultés intellectuelles qu'un défaut de capacité ou un simple vice du contrat, et qui, faisant simplement obstacle à la validité, ne donne lieu qu'à une action en nullité, exclusivement ouverte au profit de l'incapable, et soumise à la prescription établie par l'art. 1304 ».

794 *bis*. Cette manière de voir est généralement combattue, avec raison, croyons-nous (3). Il ne saurait être question ni de vice du consentement, ni d'incapacité.

(1) Laurent, V, n. 223; Huc, III, n. 502; Beudant, III, n. 955; Planiol, I, n. 2629.

(2) Aubry et Rau, IV, § 343, p. 290; Duranton, III, n. 782; Larombière, art. 424, n. 17.

(3) Toulouse, 21 janv. 1885, D., 86. 2. 73. — Marcadé, art. 1108, n. 3; Valette sur

D'abord l'art. 504 ne contient aucune indication sur le point de savoir si l'acte sera simplement annulable ou inexistant. Ensuite, l'art. 503 qui ne prononce il est vrai qu'une nullité relative est, — nous l'avons déjà dit et nous y reviendrons, — un texte exceptionnel qui règle une hypothèse spéciale, celle où on ne connaît pas exactement l'état mental de l'aliéné au moment où l'acte a été passé. L'art. 39 de la loi de 1838 ne fournit pas un meilleur argument. Sans doute, dans la séance du 16 avril 1838, un député, M. Mottet, présenta la nullité relative qui y est contenue comme l'application d'une règle générale, en rattachant cette nullité à la théorie des vices du consentement. Mais ce n'est là que l'expression d'une opinion isolée, et l'on verra plus loin exactement les conclusions que l'on peut tirer des incidents de rédaction de la loi de 1838 ; c'est d'une toute autre façon que le législateur de 1838 a été amené à l'idée d'une nullité relative (V. *infra*, n. 1059).

794 *ter*. Doit-on voir, d'autre part, dans l'altération des facultés intellectuelles, une cause d'incapacité comme le pensent MM. Aubry et Rau qui en font une théorie traditionnelle? Nous ne le pensons pas davantage ?

On peut en effet distinguer deux sortes d'incapacités : l'incapacité naturelle, qui est exclusive de tout consentement et entraîne l'inexistence du contrat, par exemple celle d'un enfant qui n'a pas encore l'âge de raison ; l'incapacité légale de contracter qui n'exclut pas la possibilité de contracter et qui n'engendre qu'une nullité relative. La tradition qu'invoquent MM. Aubry et Rau, renvoyant à Domat et à Pothier est-elle bien dans le sens de l'incapacité légale ? Domat dit simplement que les insensés sont incapables de contracter *par la nature* (1) : n'est-ce pas l'incapacité naturelle ? Et quant à Pothier il est plus formel encore puisqu'il place les fous à côté des enfants privés de raison (2).

Qu'a fait le Code civil ? Dans l'art. 502, faisant d'une part

Proudhon, II, p. 535 ; Taulier, II, p. 118 ; Demolombe, VIII, n. 660 ; Huc, III, 502 ; Beudant, III, n. 993-2° ; Planiol, I, n. 2630 ; Laurent, V, n. 313.

(1) Domat, *Lois civiles*, I, tit. I, sect. 5.

(2) Pothier, *Des obligat.*, II, p. 28 et s.

abstraction des intervalles lucides de fou, il a d'autre part, par une sorte de cote mal taillée, transformé son incapacité naturelle de consentir dans les moments non lucides, en une incapacité légale de contracter à n'importe quel moment. Quant aux actes antérieurs passés dans un intervalle non lucide, ils restent subordonnés à son incapacité naturelle, et l'on ne peut prétendre que l'art. 503 ait été fait pour eux, car il n'est pas douteux que le pouvoir discrétionnaire que cet article donne au juge ne se comprendrait pas pour ces conventions.

Que reste-t-il ? Les principes généraux d'après lesquels la démence est exclusive du consentement : donc ces conventions sont inexistantes (art. 1108 C. civ.), ou nulles d'une nullité radicale pour ceux qui n'admettent pas cette distinction des actes inexistants.

Par suite elles ne peuvent être confirmées ou ratifiées expressément ou tacitement, par exemple par la prescription (réserve faite bien entendu du principe général posé par l'art. 2262 C. civ.) ; elles pourront être également attaquées par tout intéressé.

795. Tout ce qui vient d'être dit ne s'applique qu'aux actes de l'aliéné qui sont attaqués de son vivant : on verra que l'art. 504 établit des règles spéciales pour ceux qui seraient attaqués après sa mort (V. *infra*).

CHAPITRE II

DE L'INTERDICTION

SECTION PREMIÈRE

DES CAUSES DE L'INTERDICTION

796. *Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit même lorsque cet état présente des intervalles lucides.* Ainsi s'exprime l'art. 489.

En réalité, il n'y a qu'une cause d'interdiction : l'aliénation mentale, dont l'*imbécillité*, la *démence* et la *fureur* ne sont que des variantes. Tous les auteurs citent pour expliquer le

sens de ces expressions les paroles de l'orateur du gouvernement au Corps législatif : « L'imbécillité est une faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées; la démence est une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de la raison; la fureur n'est qu'une démence portée à un plus haut degré qui pousse le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres » [1]. Ainsi l'imbécile n'a pas de conceptions, celui qui est en état de démence a des conceptions déréglées, et celui qui est en état de fureur a des conceptions extravagantes dont la réalisation pourrait offrir un danger social.

797. La pensée de notre législateur est très certainement que l'aliénation mentale, sous toutes ses formes, peut être une cause d'interdiction. Il a cru donner un tableau complet et une nomenclature exacte des divers cas d'aliénation mentale en employant les expressions imbécillité, démence, fureur.

Il est possible que ces expressions ne correspondent pas à une terminologie rigoureusement scientifique et ne comprennent pas toutes les maladies que connaît la science aliéniste moderne. Mais le législateur ne mérite cependant aucun des reproches que l'on pourrait être tenté de lui adresser à cet égard [2]. Son but a été simplement de protéger ceux qui, par suite d'une altération quelconque de leur intelligence, n'avaient pas une raison, une liberté morale suffisante pour agir et se conduire : c'est là une question de fait pour la solution de laquelle il était impossible de donner un critérium exact. Voilà pourquoi le législateur s'est contenté d'indiquer les variétés les plus connues de l'aliénation mentale, l'imbécillité, la démence et la fureur sans même en donner la définition.

Il ne faut donc pas, comme l'avaient fait certains auteurs [3] donner à l'art. 489 une interprétation étroite basée sur le sens que les aliénistes modernes attachent aux mots imbécillité,

[1] Locré, VII, p. 389, n. 4.

[2] V. notamment Demolombe, VIII, p. 306, n. 420.

[3] Marcadé, II, sur l'art. 489, n. 1 : Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, § 233, note 1; Toullier, II, n. 1313.

démence, fureur. D'après l'opinion générale, toutes les maladies mentales, à la condition qu'elles privent l'individu de la faculté de se diriger lui-même, rentrent dans le champ d'application de cet article [1].

798. L'état d'imbécillité, de démence ou de fureur ne devient une cause d'interdiction que lorsqu'il est *habituel*. Un dérangement passager des facultés intellectuelles, dû par exemple à une violente commotion cérébrale, ne serait donc pas une cause d'interdiction. « Ce n'est pas sur quelques actes « isolés qu'on s'avisera de décider qu'un homme a perdu le « sens de la raison, mais lorsque la raison n'est plus qu'un « accident dans la vie de l'homme, lorsqu'elle ne se laisse « apercevoir que de loin en loin, tandis que les actions et les « paroles de tous les jours sont les actions ou les paroles « d'un insensé, on peut dire qu'il existe un état habituel de « démence ; c'est alors le cas de l'intervention » (Emmery, rapport au Corps législatif) [2].

799. Mais il n'est pas nécessaire que l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur soit *continuel :* la loi dit que l'interdiction doit être prononcée « *même* lorsque cet état présente des intervalles lucides ».

Ceci constitue une innovation de notre code : dans le droit romain, et aussi dans une certaine mesure, dans notre ancien droit, les actes faits par le *furiosus* dans un intervalle lucide étaient valables : « *Per intervallo quæ perfectissima sunt, nihil curatorem agere sed ipsum furiosum dum sapit et hereditatem adire et omnia alia facere quæ sanis hominibus competant* » [3].

800. Cette solution était mauvaise et devait donner naissance à de nombreuses contestations. C'est *surtout* lorsqu'un aliéné a des intervalles lucides qu'il importe de l'interdire. En effet, l'interdiction peut ne pas paraître nécessaire pour le fou dont l'état est sans rémittences. Celui-là ne songera

[1] Valette, *Explicat. du C. Nap.*, p. 344 ; Demolombe, VIII, n. 420 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 262 *bis*, I ; Aubry et Rau, I, § 124, p. 789 ; Laurent, V, n. 249 ; Huc, III, n. 503 ; Baudant, II, n. 957 ; Planiol, I, n. 2588.

[2] Demolombe, VIII, n. 428-429 ; Laurent, V, n. 250 ; Planiol, I, n. 2590.

[3] L. 8, C., *De curatore furiosi*, 5, 70.

guère à accomplir aucun acte civil; et en supposant qu'il y songeât, qui donc voudrait traiter avec lui? Autre est la situation de celui dont la folie est intermittente. Les intervalles lucides « ces jours pleins entre deux nuits » comme dit d'Aguesseau, qui sont à certains égards un bienfait, constituent aussi un danger pour l'aliéné, en ce sens qu'on profitera peut-être du moment où il est privé de la raison pour lui faire souscrire un acte contraire à ses intérêts, dont il lui sera souvent difficile de faire prononcer la nullité, à raison de l'impossibilité où il se trouvera de démontrer que l'acte a été passé en dehors d'un intervalle lucide. En frappant d'interdiction l'aliéné dont l'état offre des rémittences, on le soustrait à ce danger : car tous les actes qu'il passera postérieurement à la sentence d'interdiction seront *nuls de droit* (art. 502), même ceux faits pendant un intervalle lucide. En d'autres termes, l'interdit est frappé d'une incapacité permanente. La loi a voulu supprimer cette question de fait délicate de savoir si l'aliéné avait ou n'avait pas sa raison quand il a fait tel ou tel acte ([1]).

801. L'aliénation mentale est la seule cause d'interdiction : la loi n'en indique pas d'autre et l'interprète ne peut rien ajouter à son texte, tout étant de droit étroit en cette matière où la capacité des personnes est en jeu.

C'est ainsi que de simples infirmités corporelles, comme la surdi-mutité, ne constituent pas une cause d'interdiction ([2]). De même ni la vieillesse la plus avancée, ni l'habitude de l'ivrognerie ([3]), ne sauraient par elles-mêmes et par elles seules entraîner l'interdiction.

Mais il est possible que ces états exercent une influence telle sur l'individu, qu'il n'ait pas la raison suffisante pour se diriger dans la vie civile, et dans ce cas, les tribunaux pourront parfaitement prononcer l'interdiction.

802. Il y a donc avant tout en cette matière une question

([1]) Ducauroy, I, n. 712; Duranton, III, n. 715; Demolombe, VIII, n. 430; Laurent, V, n. 250; Planiol, I, n. 2590.

([2]) Caen, 1er mai 1879, S., 79. 2. 336, D., 80. 2. 247.

([3]) Rouen, 18 janv. 1865, S., 65. 2. 350, D., 65. 2. 226. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 432; Aubry et Rau, I, § 124, p. 589; Laurent, V, n. 249; Huc, III, n. 503.

de fait : la loi, en effet, n'a pas défini les conditions caractéristiques de l'état d'imbécillité, de démence, ou de fureur : il appartient au juge du fait de décider souverainement si cet état existe, s'il est habituel, et s'il a une gravité suffisante pour justifier l'interdiction. Sa décision sur ces divers points n'encourt pas la censure de la Cour suprême [1], ce qui ne veut pas dire d'ailleurs que celle-ci ne pourrait pas, suivant les principes généraux, apprécier les conséquences légales que les juges du fond ont tirées des faits qu'ils ont souverainement constatés [2].

803. Un état qui ne justifierait pas un jugement d'interdiction pourrait du moins permettre la dation d'un conseil judiciaire [3].

Mais il peut aussi arriver que des personnes, par exemple des vieillards, se trouvent dans l'impossibilité de gérer leur fortune quoique conservant une intelligence suffisante pour empêcher l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire; ou bien encore il peut répugner aux personnes, qui pourraient provoquer l'emploi de ces moyens, d'y recourir.

Certains auteurs et notamment Demolombe [4] se sont préoccupés de cette situation, et ils ont cherché des remèdes. On ne saurait trouver de remèdes directs. Demolombe, cependant, en propose deux : on pourrait procéder à un partage d'ascendants, ou bien encore les héritiers pourraient choisir l'un d'eux comme gérant d'affaires du patrimoine intéressé : seulement la gestion se bornerait aux actes d'administration, le gérant se porterait fort vis-à-vis des tiers pour ses cohéritiers et pour celui dont il gère le patrimoine, et fréquemment il devrait rendre compte de sa gestion.

Il est permis de douter du caractère pratique de ces palliatifs. Le partage d'ascendants donne naissance à des difficultés considérables : quant à la gestion d'affaires, il nous

[1] Cass., 17 janv. 1876, S., 76. 1. 302, D., 76. 1. 151; 23 fév. 1898, D., 98. 1. [illegible] 1. 123; 5 nov. 1900, S., 01. 1. 124, D., 01. 1. 124. — *Sic* Valette, p. 344; Demolombe, VIII, n. 426; Laurent, V, n. 249; Huc, I, n. 503.

[2] Cass., 9 déc. 1831, S., 32. 1. 210.

[3] Toulouse, 18 déc. 1839, S., 42. 2. 524; Rouen, 18 mai 1842, S., 42. 2. 524.

[4] Demolombe, VIII, n. 434 et 435.

semble qu'elle sera bien souvent difficile à réaliser, surtout quand on se trouvera en présence d'un nombre considérable d'héritiers; de plus, de l'aveu même de Demolombe, cette immixtion dans les affaires d'une personne en état d'infériorité mentale sera particulièrement grave et dangereuse lorsqu'il s'agira de parents collatéraux.

D'ailleurs, lorsque de tels expédients deviendront nécessaires contre une personne, nous croyons qu'on pourra facilement invoquer un état d'imbécillité, et que les tribunaux n'hésiteront pas sinon à prononcer l'interdiction du moins à donner un conseil judiciaire.

804. Tout étant de droit étroit en cette matière, il semble qu'il faudrait décider qu'un mineur atteint d'aliénation mentale ne pourrait pas être interdit, l'art. 489 ne parlant que du majeur. C'est ce qui a été soutenu par certains auteurs.

Merlin (1) notamment estime que l'interdiction est inutile pour le mineur parce que la tutelle a pour lui les mêmes effets.

805. L'opinion contraire nous paraît préférable et c'est celle de la plupart des auteurs ainsi que de la jurisprudence (2).

La question ne saurait tout d'abord faire de doute, nous semble-t-il, en ce qui concerne le mineur émancipé : celui-ci en effet est, pour l'administration de ses biens, assimilé à *un majeur :* il faut donc le traiter également comme un majeur au point de vue de l'interdiction. Sans doute, il y a contre lui un autre moyen : la révocation de l'émancipation; mais il peut se faire que les conditions de l'art. 485 C. civ. ne soient pas remplies, que ses engagements ne soient pas excessifs.

(1) Merlin, v^is *Interdiction*, § 4, n. 1, *Tutelle*, sect. 2, § 2, n. 8; Magnin, *Des minorités*, I, n. 284.

(2) Paris, 15 juin 1857, S., 58. 2. 106. — Bourges, 22 déc. 1862, S., 63. 2. 132, D., 63. 5. 218. — Delvincourt, I, p. 129, note 1; Marcadé, sur l'art. 489; Proudhon, II, p. 313; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Interdiction*, § 1, n. 3; Duranton, III, n. 716; Boileux sur l'art. 489; Delsol, I, n. 322; Valette, *Explicat. du Liv. I*, p. 345 et 346; Mourlon, I, n. 589; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 233, n. 463; Demolombe, VIII, n. 440 et s.; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 262 *bis*, III; Laurent, V, n. 252; Aubry et Rau, I, § 124, p. 790; Huc, III, n. 504; Vigie, I, n. 823; Beudant, III, n. 959; Planiol, n. 2591.

Quant au mineur non émancipé, il est faux de prétendre qu'il n'y a aucun intérêt à provoquer contre lui l'interdiction ; sa situation, en effet, sous divers aspects, est différente de celle de l'interdit. Ainsi le mineur peut tester dans une certaine mesure ; l'interdit ne le peut pas, du moins d'après l'opinion générale. En outre, la sanction de l'incapacité de l'interdit est beaucoup plus rigoureuse que celle de l'incapacité du mineur : l'interdit qui aura accompli un acte aura simplement à prouver qu'au moment de l'acte il était en état d'interdiction ; le mineur, au contraire, aura à prouver que l'acte lui est préjudiciable, s'il s'agit d'un acte que le tuteur aurait pu faire sans remplir aucune formalité particulière : *restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus.*

Enfin il peut être très important de provoquer l'interdiction d'un mineur avant sa majorité, pour qu'il n'y ait pas à la fin de la minorité le moindre intervalle de capacité pendant lequel il pourrait ratifier d'anciens actes ou en consentir de nouveaux qui lui seraient préjudiciables. Une demande en interdiction, formée aussitôt la majorité survenue, ne procurerait pas au mineur une protection suffisante, car le jugement qui prononce l'interdiction ne produit pas d'effet rétroactif au jour de la demande et l'insensé pourrait se ruiner *inter moras litis* (1).

806. Comment concilier cependant cette solution avec le texte de l'art. 489 qui ne parle que du majeur? Cette disposition n'est peut-être pas aussi restrictive qu'elle peut le paraître au premier abord, et, à bien la prendre, elle ne contredit pas notre solution : l'art. 489 en effet ne dit pas que le majeur atteint d'aliénation mentale *peut* être interdit, ce qui permettrait d'en induire par argument *a contrario*, que le mineur ne peut pas l'être ; il dispose que le majeur *doit* être interdit, et tout ce qui peut en résulter par argument *a contrario* c'est que le mineur ne *doit* pas être interdit, mais non qu'il ne *peut* pas l'être.

Au demeurant, on s'explique facilement que la loi n'ait parlé que du majeur, car ce n'est qu'exceptionnellement

(1) Cass. Paris, 31 janv. 1894. S., 95. 2. 84 (aff. Max Lebaudy).

qu'il peut être question d'interdire un mineur et ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

807. Nous disons que l'interdiction d'un mineur ne peut être qu'une mesure exceptionnelle. Le plus souvent en effet elle n'ajoutera rien ou presque rien à la protection dont l'aliéné est déjà entouré en sa qualité de mineur. Néanmoins nous avons vu qu'il peut y avoir intérêt à faire prononcer l'interdiction contre un mineur.

Ajoutons enfin qu'on peut trouver un argument en faveur de notre solution dans l'art. 175 C. civ. : d'après cet article, le tuteur d'un mineur peut s'opposer au mariage de son pupille en alléguant sa démence mais à charge pour lui de provoquer son interdiction dans un délai déterminé : ce texte nous paraît impliquer forcément la possibilité de l'interdiction du mineur puisque le tuteur est obligé de la provoquer pour réussir dans l'opposition formée ([1]-[2]).

Quant à la femme mariée, il n'est pas douteux qu'elle puisse être interdite, puisque l'art. 506 C. civ. décide que le mari est de plein droit le tuteur de sa femme interdite ([3]).

([1]) Cf. cependant Demolombe, *De la minorité,* II, n. 442, p. 328, et III, n. 148.

([2]) Les travaux préparatoires de l'art. 489 C. civ. ont inspiré quelques doutes à certains auteurs sur la légalité de cette solution qu'ils adoptent cependant (Planiol, I, p. 829, note 1). Il importe de rapporter exactement ce qui s'est passé. Dans le projet primitif, il y avait un article ainsi conçu : « La provocation en interdiction n'est pas admise contre les mineurs non émancipés » (art. 39, Fenet, II, p. 96). Cette rédaction ne fut pas acceptée par le Tribunal de cassation, qui fit observer que l'interdiction du mineur même non émancipé pourrait être utile dans la dernière année de sa minorité afin d'empêcher qu'aussitôt après sa majorité et pendant la procédure même en interdiction il ne puisse ratifier des engagements contractés par lui en minorité, et le Tribunal proposa même une rédaction en ce sens (Fenet, *ibid.*, p. 534). La section de législation du Conseil d'Etat supprima toute disposition du projet relative au mineur et même elle substitua à la formule large d'un art. 4, tit. X du projet qui appliquait l'interdiction à *tout individu* atteint d'aliénation mentale, la formule plus étroite : le *majeur* devra être interdit. Il n'est pas douteux que ces incidents de rédaction constituent un argument sérieux à l'appui de l'opinion que les majeurs seuls peuvent être interdits et non les mineurs. D'autre part il est certain que, même après ces incidents, dans l'esprit des rédacteurs du code l'interdiction pouvait être provoquée contre un mineur puisque Emmery, dans son Exposé des motifs au Corps législatif, déclarait formellement « qu'il peut arriver qu'une personne soit en tutelle lors de son interdiction » (Fenet, X, p. 712).

([3]) Cass., 9 janv. 1822, S. chr. ; Huc, III, n. 523.

808. Un étranger pourrait-il en France être l'objet d'une mesure d'interdiction? C'est une question qui entre dans la question plus générale de la compétence des tribunaux français pour les contestations entre étrangers. On sait que les tribunaux français se déclarent en principe incompétents pour les contestations relatives à l'état et à la capacité des étrangers, tout en décidant qu'il s'agit non pas d'une incompétence absolue, mais d'une simple incompétence *ratione personæ*, pouvant être couverte si les parties acceptent la juridiction. La question ne s'est pas posée à notre connaissance, spécialement pour l'interdiction, mais elle a été résolue en ce sens pour la dation d'un conseil judiciaire (1). Mais on semble vouloir admettre que le tribunal pourra ordonner des mesures provisoires (2-3).

(1) V. *infrà*, n. 1067 s. Cette question est une des plus discutées du droit international privé. Mais, à supposer qu'on admette le principe de l'incompétence des tribunaux français pour les contestations entre étrangers, ne pourrait-on pas au moins reconnaître que les tribunaux seront compétents lorsque l'interdiction (ou la dation d'un conseil judiciaire) serait demandée non par des parents étrangers mais par des parents français? C'est notre avis : avec le système opposé on arrive à ne plus protéger nos nationaux eux-mêmes. Cependant les tribunaux paraissent vouloir se déclarer incompétents même dans cette hypothèse. Alger, 4 mars 1874, S., 74. 2. 163, D., 75. 2. 62. — *Contra* Bruxelles, 30 juin 1873, *Pasicr.*, 73. 2. 342. — Cf. Féraud-Giraud, *Journ. de dr. int. pr.*, 1880, p. 153, 1885, p. 385; Despagnet, n. 383, p. 393; Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. int. pr.*, v° *Interdict. et s.*; Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. int. pr.*, n. 408 et s.; Weiss, p. 790; Audinet, p. 329.

(2) Cass. Turin, 13 juin 1874, *Clunet*, 78. 330. — Cour suprême Vienne, 31 juil. 1878, *Clunet*, 83. 72; Louiche-Desfontaines, *De l'émigr.*, p. 252; Frénoy, *Actes publics à l'étrang.*, p. 192; Gerbaud, *Comp. des trib. fr.*, n. 404; Weiss, *Traité*, IV, p. 346, n. 2.

(3) Voici les résolutions adoptées sur ce point par l'Institut de droit international dans la session de Cambridge en 1895 : « Art. 2. En principe l'interdiction ne peut être prononcée que par les autorités compétentes du pays auquel la personne à interdire appartient par sa nationalité. Les autorités du pays où elle réside doivent toutefois ordonner toutes mesures conservatoires ou provisoires soit quant à la personne, soit quant aux biens. — Art. 4. Par dérogation au principe de l'art. 2 toutes les fois que les autorités du pays d'origine d'un étranger ne peuvent pas, pour une cause quelconque, statuer sur la demande d'interdiction, celles du pays où cet étranger réside deviennent compétentes pour prononcer l'interdiction. En dehors de ces cas, ces dernières autorités sont tenues de se déclarer incompétentes même d'office. — Art. 5. Toutes les fois que d'après l'art. 4 les autorités de la résidence sont saisies d'une demande en interdiction d'un étranger, elles doivent, avant de statuer, la porter à la connaissance de l'agent diplomatique ou consulaire de l'État intéressé, en lui indiquant un délai pour présenter contre la demande les

SECTION II

PAR QUI ET CONTRE QUI L'INTERDICTION PEUT ÊTRE PROVOQUÉE

809. « *Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction* » *de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard* » *de l'autre* » (art. 490).

» *Dans le cas de fureur si l'interdiction n'est provoquée ni* » *par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procu-* » *reur du roi, qui dans les cas d'imbécillité ou de démence* » *peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux,* » *ni épouse, ni parents connus* » (art. 491).

Ainsi peuvent ou doivent provoquer l'interdiction : 1° les parents de l'insensé ; 2° son conjoint ; 3° le ministère public.

I. **Les parents de l'aliéné.** — L'interdiction est une mesure de protection pour l'aliéné, dont elle prévient la ruine, et pour sa famille, dont elle sauvegarde le droit éventuel de succession. Les parents avaient donc un double titre pour être appelés à provoquer l'interdiction : leur intérêt personnel d'abord, et ensuite celui de l'insensé dont ils sont les protecteurs naturels.

La loi dit « *tout parent* ». On peut tirer de la généralité de ces expressions, les conclusions suivantes :

810. 1° Il n'y a aucune distinction à faire entre les parents légitimes et les parents naturels : la parenté naturelle est admise par la loi comme la parenté légitime à la condition que la filiation naturelle soit légalement reconnue : elle fait naître des droits de succession. De plus il est pratiquement utile que des parents naturels puissent, à défaut de parents légitimes, provoquer l'interdiction [1].

Faut-il admettre la même solution pour l'adopté par rap-

observations ou exceptions qu'il jugerait opportunes. — Art. 6. L'agent diplomatique ou consulaire, avant de répondre, prend l'avis des autorités compétentes notamment du ministère public du dernier domicile du défendeur dans son pays d'origine ».

Le projet de convention élaboré par la Conférence de La Haye et signé le 17 juillet 1905 organise des mesures analogues. V. *infra*, n. 1078.

[1] Demolombe, VIII, n. 448 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 263 *bis*, II ; Vigié, I, n. 894.

port à l'adoptant et réciproquement? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement si l'on admet avec la jurisprudence que l'adoption crée une véritable parenté.

811. 2° La loi n'ayant établi aucun ordre hiérarchique entre les parents, un parent plus éloigné peut provoquer l'interdiction malgré la présence d'un parent plus proche qui n'agit pas : chacun a son droit particulier propre et personnel. Il importe peu que le parent qui agit soit ou non héritier présomptif de l'aliéné : tous les héritiers quels qu'ils soient sont intéressés à la conservation de son patrimoine, car celui qui n'est pas héritier présomptif au moment de l'interdiction peut le devenir par la suite (1).

Toutefois il ne s'agit que des parents jusqu'au douzième degré, puisqu'au delà la parenté n'a plus de conséquences juridiques : les liens d'affection n'existent plus avec la même force, et d'ailleurs la vocation successorale qui est l'un des fondements du droit de provoquer l'interdiction n'existe plus (2).

812. 3° Il n'y a pas non plus de distinction à faire entre les parents mineurs et les parents majeurs : tous pourront également provoquer l'interdiction de leur parent. Nous en dirions autant des parents qui sont eux-mêmes interdits (3). Dans ces divers cas ce sera le tuteur qui agira, ou bien le subrogé tuteur si les intérêts du mineur se trouvaient en opposition avec ceux du tuteur, notamment si c'est ce dernier qu'il s'agit d'interdire (4).

Le tuteur devra-t-il, pour provoquer l'interdiction d'un parent de son pupille, obtenir l'autorisation du conseil de famille? La question est assez délicate. Certains auteurs esti-

(1) Toullier, n. 1315; Duranton, III, n. 716; Magnin, I, n. 830; Mourlon, I, n. 1275; Demolombe, VIII, n. 448.

(2) Magnin, I, n. 830; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 713; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 263 *bis*, II; Huc, III, n. 505; Vigié, I, n. 894; Beudant, III, n. 962; Planiol, I, n. 2592. — *Contrà* Demolombe, VIII, n. 448.

(3) Douai, 10 nov. 1848, S., 49. 2. 538, D., 49. 2. 256. — *Sic* Delvincourt, I, p. 475; Duranton, III, n. 719; Magnin, I, n. 832; Zachariæ, I, § 125, note 3; Demolombe, VIII, n. 452; Aubry et Rau, I, § 125, p. 791, n. 3; Laurent, V, n. 254.

(4) Cass., 9 fév. 1863, S., 63. 1. 16, D., 63. 1. 270; 20 janv. 1875, D., 76. 1. 28. — *Sic* Laurent, *loc. cit.*

ment qu'il devra obtenir cette autorisation (1). Sans doute la loi n'exige pas cette formalité, mais elle n'a pas prévu cette hypothèse; il faut donc raisonner par analogie : pour les actions immobilières qui appartiennent au pupille, la loi exige l'autorisation du conseil de famille ; elle n'est donc pas nécessaire pour les actions mobilières; mais les demandes en interdiction sont beaucoup plus graves que les actions mobilières qui n'échappent à la nécessité de l'autorisation qu'à raison du peu d'importance que le législateur du code civil, conformément à la tradition, attachait aux meubles : le tuteur doit donc être autorisé pour agir.

Demolombe estime que le tuteur agira fort sagement en demandant l'autorisation, mais il faut observer qu'aucun texte ne l'exige (2).

Nous croyons que l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire. Nous nous appuyons d'abord sur le silence de la loi : tout est de droit étroit en matière de capacité. De plus, on ne peut assimiler une demande en interdiction aux actions relatives au patrimoine du mineur soit immobilières, soit mobilières. Cette demande n'intéresse le patrimoine du mineur qu'indirectement, on pourrait même dire éventuellement; il n'en est pas de même des actions immobilières du mineur qui intéressent directement et immédiatement son patrimoine et pour lesquels il est naturel que la loi prenne certaines précautions et exige l'autorisation du conseil de famille (3).

813. 4° Si un parent agit en interdiction et qu'il succombe, un autre parent pourra former une demande nouvelle.

Cette conséquence n'est pas admise par Demolombe. Suivant lui, il est profondément regrettable qu'un individu qui a déjà été l'objet d'une demande en interdiction puisse se trouver exposé à autant de procès successifs qu'il a de parents. Sans doute, il est à espérer qu'en fait ces nouvelles

(1) Toullier, II, p. 104; Laurent, *loc. cit.*

(2) Demolombe, VIII, n. 454.

(3) Cass., 9 fév. 1863, S., 63. 1. 16, D., 63. 1. 279. — Caen, 11 mars 1861, S., 62. 2. 484, D., 63. 1. 279. — *Sic* Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 464, n. 3; Rousseau et Laisney, v° *Interdiction*, n. 20. — V. *suprà*, n. 537.

demandes ne réussiront pas plus que la première, mais il n'y est pas moins exposé et il vaudrait beaucoup mieux pour lui et pour la tranquillité publique que ces poursuites renouvelées ne fussent pas légalement permises. Mais n'en est-il pas ainsi d'après les principes? Demolombe le croit. Il faut distinguer en effet en matière d'état des personnes les jugements *constitutifs* et les jugements simplement *déclaratifs*. Les jugements constitutifs ont envers et contre tous l'autorité de la chose jugée; le jugement prononçant l'interdiction, créant un état nouveau à la personne qui en est l'objet, aurait très certainement un effet absolu, bien que rendu seulement sur la poursuite de l'un de ceux qui avaient qualité pour le provoquer. Pourquoi en serait-il autrement du jugement qui rejette l'interdiction, qui, s'il n'est pas constitutif, est tout au moins *confirmatif?* (1).

814. Nous n'adoptons pas cette manière de voir. On reconnaît généralement aujourd'hui que le principe posé par l'art. 1351 a une portée générale, et qu'il s'applique aux jugements rendus en matière d'état, sauf une exception relative aux jugements *constitutifs de l'état,* c'est-à-dire à ceux qui donnent à la partie une situation juridique nouvelle. Or il nous paraît impossible d'assimiler à un tel jugement le jugement qui rejette l'interdiction; comme on l'a dit « la prétendue confirmation de l'état est une invention imaginée pour les besoins de la cause » (2).

De plus, avec l'opinion opposée, des fraudes seraient possibles : on pourrait craindre, en effet, qu'un parent intéressé introduisît une demande en interdiction, à seule fin de la faire échouer et de désarmer ainsi les autres parents.

815. Dans tous les cas il est certain que les autres parents auront le droit d'intervenir dans l'instance engagée par l'un d'eux. Leur intérêt est certain : ils ont à surveiller la procédure, de manière à empêcher celui qui a engagé le procès de mal le conduire, de négliger certains moyens, ou même de se laisser corrompre, soit par le défendeur lui-même, soit

(1) Demolombe, VIII, n. 466.

(2) Laurent, V, n. 255; Lacoste, *Autorité de la chose jugée,* 2e éd., n. 701 s.

par des tiers intéressés à voir maintenir des actes passés avec eux par celui dont l'interdiction est demandée. Leur qualité n'est pas davantage douteuse : elle résulte du droit que la loi leur donne de provoquer eux-mêmes l'interdiction (1).

816. II. **Le conjoint.** — D'après l'art. 490, le conjoint a le droit de poursuivre l'interdiction de son conjoint, le mari celle de sa femme, la femme celle de son mari. Les mêmes motifs qui justifient l'intervention des parents justifient celle du conjoint. En outre celui-ci a intérêt à ce que les revenus des biens de l'aliéné ne soient pas détournés de leur destination qui est de subvenir aux charges du mariage.

Lorsque le mari est demandeur, il ne saurait y avoir de difficultés. Mais si c'est la femme, devra-t-elle se conformer au principe de l'art. 215 C. civ.? Voyez notre traité *Des personnes*, II, n. 2190.

Ayant le droit de provoquer l'interdiction, le conjoint a évidemment qualité pour intervenir dans l'instance (2).

Il n'est pas douteux que le divorce, qui brise le lien du mariage, enlève aux époux le droit de provoquer réciproquement leur interdiction et il en serait de même si les poursuites avaient été commencées antérieurement au divorce (3).

Mais au contraire même après la séparation de corps, l'un des conjoints conserverait le droit de demander l'interdiction de l'autre ; la séparation de corps en effet laisse subsister la qualité d'époux et le droit réciproque de succession. Il n'y a donc aucune distinction à faire entre l'époux qui a obtenu la séparation de corps et celui contre qui elle a été obtenue (4).

817. III. **Le ministère public.** — Il résulte de l'art. 491

(1) Demolombe, II, n. 467. Toutefois, si l'on admet que le rejet de la demande d'un parent n'empêche pas les autres d'en former une nouvelle, il n'y a plus pratiquement pour les parents à intervenir, sauf pour éviter les frais d'une nouvelle instance.

(2) Caen, 4 janv. 1843, *Rec. de Caen*, VII, p. 190.

(3) *Sic* Toullier, II, n. 1316 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 465, note 4 ; Demolombe, VIII, n. 458 ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 792, note 6 ; Laurent, V, n. 257.

(4) *Sic* Duranton, III, n. 720 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* ; Demolombe, VIII, n. 455 ; Rousseau et Laisney, v° *Interdiction*, n. 22 ; Laurent, *loc. cit.* ; Planiol, I, n. 2592.

que le procureur de la république *peut*, dans certains cas, et *doit* dans d'autres provoquer l'interdiction.

1° Il *doit* provoquer l'interdiction, lorsque l'aliéné est atteint de fureur et que ses parents ou son conjoint restent dans l'inaction. La raison en est que l'état du fou furieux est menaçant pour la société. L'intérêt public exige qu'il soit séquestré et pour cela il faut préalablement le faire interdire. Il le fallait du moins sous l'empire du code civil (art. 510) ; mais, comme on le verra, la loi du 30 juin 1838 permet aujourd'hui de faire enfermer un fou dans un établissement d'aliénés sans qu'il soit interdit et par suite l'action obligatoire du ministère public semble ne plus avoir sa raison d'être.

818. 2° Il *peut* la provoquer contre un individu en état d'imbécillité ou de démence, qui n'a ni époux ni épouse ni parents connus [1].

Il s'agit donc ici d'une pure faculté pour le ministère public et encore cette faculté est-elle subordonnée à la condition rigoureuse de la non-existence des parents connus ou du conjoint [2]. Il n'est évidemment question ici que des parents pouvant provoquer l'interdiction, et d'autre part nous estimons qu'il faudrait assimiler à la non-existence de parents connus, tous les cas où il existerait des parents, mais qui se trouveraient dans l'impossibilité de provoquer l'interdiction,

[1] Il a été soutenu que l'art. 18 de la loi du 30 juin 1838 en autorisant l'internement des aliénés sans leur interdiction préalable, avait tacitement abrogé cette disposition de l'art. 491 C. civ. ; qu'à supposer qu'il n'en fût pas ainsi, le ministère public ne pouvait plus provoquer l'interdiction des personnes placées dans un établissement d'aliénés parce que depuis la loi de 1838 son action se trouvait sans intérêt, l'intérêt public d'une part, recevant satisfaction par l'internement de l'aliéné, et d'autre part l'intérêt privé de l'aliéné se trouvant suffisamment sauvegardé par les mesures de protection organisées par la loi de 1838. Il a été répondu, avec raison, croyons-nous, d'abord que la thèse d'une abrogation tacite doit être écartée parce qu'il n'y a aucune opposition entre le Code civil et la loi de 1838 dont les dispositions peuvent être appliquées sans nuire à l'art. 491 C. civ., ensuite que l'intérêt à provoquer l'interdiction subsiste toujours, car les mesures organisées par le code civil et la loi de 1838 sont différentes. Cass., 23 juill. 1903, S., 1904, 1. 217 et la note.

[2] Cass., 1 août 1826, S. chr. — *Sic* Toullier, II, n. 1318 ; Duranton, III, n. 724 ; Magnin, I, n. 85 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 254, p. 465 ; Mourlon, I, n. 1225 ; Laurent, V, n. 258 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 263 ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 592 ; Demolombe, VIII, n. 462 s. ; Huc, III, n. 506 ; Planiol, I, n. 2566.

notamment des parents déclarés ou simplement présumés absents, ou des parents interdits [1].

Si le législateur a mis cette condition au droit d'agir du ministère public c'est qu'il a pensé que les parents étaient meilleurs juges du point de savoir s'il y aurait intérêt à demander l'interdiction et s'il ne vaudrait pas mieux sacrifier quelques intérêts pécuniaires plutôt que de voir la famille discréditée par la folie de leur parent, ainsi rendue publique.

Le ministère public étant dans ce cas demandeur, et son action étant subordonnée à cette condition, ce sera à lui de prouver que cette condition est remplie, qu'il n'y a pas de parents connus, dans la mesure du possible cependant, c'est-à-dire qu'il aura à prouver plutôt la non-existence des parents qui sont indiqués par le défendeur, sans qu'il soit nécessaire d'ailleurs que ces indications soient d'une extrême précision [2].

819. Telles sont les personnes qui peuvent provoquer l'interdiction. L'énumération de la loi est essentiellement limitative : tout est de droit étroit en cette matière qui touche à la capacité des personnes. De là nous tirerons les déductions suivantes :

a) La loi ne parlant que des parents, les alliés, même les plus proches, ne pourraient en aucun cas provoquer l'interdiction. Cette exclusion s'explique d'ailleurs facilement, l'alliance ne conférant aucun droit de succession [3].

C'est ainsi notamment, et bien que la question ait été discutée, qu'un mari, quoique administrateur des biens de sa

[1] *Sic* Delvincourt, I, p. 130, note 4 ; Demolombe, VIII, n. 463. — *Contrà* Massabiau, *Man. du min. publ.*, I. n. 900.

[2] Cass., 7 août 1826, précité. — *Sic* Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 284, p. 405, note 7 ; Demolombe, VIII, n. 462.

[3] Cass., 20 janv. 1875, S., 75. 1. 217, D., 76. 1. 28. — Besançon, 24 juin 1859, S., 59. 2. 672. — Caen, 21 mars 1861, sous Cass., 9 fév. 1862, S., 62. 2. 484, D., 63. 1. 279 ; 19 juill. 1876, S., 76. 2. 199. — Toullier, II, n. 1317 ; Duranton, III, n. 718 ; Magnin, I, n. 830 ; Valette, p. 347 ; Demolombe, VIII, n. 468 s. ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 263 *bis*, II ; Laurent, V, n. 246 ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 791, n. 2 ; Huc, III, n. 505 ; Beudant, III, n. 965 ; Planiol, I, n. 2593. Toutefois cet auteur fait observer, avec raison à notre avis, qu'il paraît singulier d'accorder le droit de provoquer l'interdiction à un arrière-petit-cousin qui n'a aucun espoir de succéder le plus souvent, alors qu'on ne l'accorde ni au beau-père, ni au beau-frère.

femme, ne pourrait pas, en son nom personnel, poursuivre l'interdiction d'un parent de sa femme; assurément le mari chef de la communauté a l'exercice des actions de sa femme; mais cette action n'est pas relative aux biens de la femme, elle est surtout exercée dans l'intérêt de celui dont on provoque l'interdiction et il y a ici une question d'affection et de respect dont la femme seule est juge (1).

820. *b*) De même le tuteur ne pourrait pas, à la majorité de son pupille, provoquer son interdiction. Nous supposons, bien entendu, qu'il n'agit qu'en sa qualité de tuteur et qu'il n'existe entre lui et son pupille aucun lien de parenté qui l'autorise à provoquer son interdiction. En vain prétendrait-on que le tuteur qui s'est trouvé en contact avec lui a pu juger, mieux que personne, de son état de démence ou d'imbécillité (2); ce sont là des raisons qui ne peuvent permettre aucune atteinte au principe de l'interprétation restrictive des règles de l'interdiction et notamment de l'art. 490 C. civ.

821. *c*) Un aliéné ne pourrrait pas, dans un intervalle lucide, provoquer sa propre interdiction.

La question est cependant discutée.

On invoque surtout, en faveur de l'affirmative, des motifs d'utilité pratique : « Si l'on n'accorde cette ressource au » malheureux privé habituellement de sa raison, il faudra » donc qu'il soit victime de la négligence ou de l'indifférence » de ses parents dont l'existence connue privera d'ailleurs le » ministère public du droit d'agir » (3). On pourrait ajouter que dans notre ancien droit le juge pouvait nommer un conseil *sur la propre réquisition de l'incapable quand il lui reste assez de raison pour se défier de lui-même* (4); que dans le projet de l'an VIII un chapitre intitulé : *Du conseil volontaire* permettait à tout majeur qui se croyait incapable de diriger ses biens de réclamer pour lui-même la nomination d'un conseil judiciaire. Enfin, d'après l'art. 512 C. civ., il semble

(1) Se Taulier, II, p. 103; Duranton, III, n. 718; Demolombe, VIII, n. 469. — *Contrà* Magnin, I, n. 830.

(2) Magnin, I, n. 829.

(3) Demante et Colmet de Santerre, II, n. 263 *bis*, I.

(4) Nouveau Denizart, V, v° *Conseil nommé par justice*, § 2, n. 1.

que les mêmes personnes peuvent demander l'interdiction et sa mainlevée ; or l'interdit lui-même peut demander la mainlevée de l'interdiction (1).

822. L'opinion contraire nous paraît sinon préférable, du moins plus juridique. Sans doute, on peut regretter au point de vue pratique que le chapitre du projet de l'an VIII n'ait pas été maintenu ; on peut même dire qu'il y a, à ce point de vue, une lacune de la loi de nature à préjudicier à ceux-là mêmes qu'elle a voulu protéger ; mais toutes les raisons que l'on pourrait invoquer doivent, encore une fois, à notre avis, disparaître devant cette idée que la demande d'interdiction touche à l'ordre public et que, par suite, l'interprète ne peut pas suppléer au silence du législateur (2).

823. Dans tous les cas, il faut résoudre négativement une question qui se rattache à celle que nous venons d'examiner : l'aliéné pourrait-il, par convention, se mettre indirectement en état d'interdiction ? Ainsi, pour prendre des exemples tirés de la jurisprudence, un mari pourrait-il céder à sa femme l'administration de ses biens en ajoutant que cette cession vaut interdiction judiciaire ? Ou encore une femme mariée pourrait-elle, par une clause de son contrat de mariage, s'interdire toute obligation vis-à-vis des tiers et la reconnaître par avance nulle et de nul effet pour cause d'interdiction conventionnelle ? Nos anciens Parlements auraient permis de telles conventions. Nous devons aujourd'hui les repousser d'une façon absolue : l'art. 6 C. civ. défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public. Or, les lois qui intéressent l'état et la capacité des personnes sont des lois d'ordre public (3).

(1) *Sic* Marcadé, II, sur l'art. 491, n. 2 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 713 ; Vigié, I, n. 895 ; Beudant, III, n. 965.

(2) Duranton, I, n. 724 ; Valette, p. 348 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 233, p. 464 et note 5 ; Demolombe, VIII, n. 474 ; Mourlon, I, n. 1276 ; Aubry et Rau, I, § 174, p. 790 ; Laurent, V, n. 259 ; Huc, III, n. 505 ; Planiol, I, p. 830, note 2.

(3) Cass., 7 déc. 1808, S. chr. ; 22 déc. 1879, S., 80. 1. 125, D., 80. 1. 112. — Merlin, *Rép.*, v° *Interdict.*, § 3 et *Prodigue*, § 8 ; Toullier, II, n. 1373 ; Duranton, III, n. 724 ; Delvincourt, I, § 131, note 4 ; Chauveau sur Carré, quest. 3031 *bis* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 233, p. 464, note 4 ; Demolombe, VIII, n. 471 ; Huc, III, n. 505 ; Aubry et Rau, I, § 124, p. 790.

824. Les créanciers n'ont pas qualité pour provoquer l'interdiction de leur débiteur aliéné : ils ne pourront pas davantage intervenir dans l'instance en interdiction [1].

825. La demande en interdiction doit être dirigée contre l'aliéné, sauf, s'il s'agit d'une femme mariée, à la faire munir de l'autorisation nécessaire (arg. art. 215 et 218), et, s'il s'agit d'un mineur, à le faire assister de son représentant légal (père agissant en qualité d'administrateur légal ou tuteur). Que décider s'il s'agit d'une personne enfermée dans un établissement d'aliénés ? (V. *infra*, n. 1051).

SECTION III

DE LA PROCÉDURE A SUIVRE SUR LA DEMANDE EN INTERDICTION

826. Les règles relatives à cette procédure sont contenues partie dans le code civil (art. 492 à 500), partie dans le code de procédure civile (art. 890 à 897).

Toute la première partie de la procédure, dont d'ailleurs nous allons suivre une à une les étapes, a lieu en la chambre du conseil, même pendant un certain temps en dehors du défendeur.

En voici la marche générale : le tribunal compétent est le tribunal de première instance; pour le saisir, une requête est présentée au président avec indication des faits pouvant motiver l'interdiction, et pièces justificatives à l'appui. Le président ordonne la communication au ministère public et désigne un juge rapporteur. Au jour indiqué, le tribunal se réunit. Le juge commis fait son rapport, le ministère public est entendu dans ses conclusions et un premier jugement intervient. Deux solutions sont possibles : ou le tribunal

[1] Grenoble, 9 déc. 1847, S., 48. 2. 204. — Bruxelles, 13 janv. 1881, S., 81. 4. 31. — Sic Bertin, *Ch. du cons. en mat. civ. et discipl.*, I, n. 669; Valette sur Proudhon, II, p. 538; Chauveau sur Carré, quest. 3025 *ter;* Laurent, V, n. 278. — Nous réservons cependant le cas de dol ou de fraude, c'est-à-dire l'hypothèse où l'instance en interdiction ne serait que le résultat d'un concert frauduleux entre le demandeur et l'aliéné dans le but de nuire aux créanciers de ce dernier : ces créanciers auraient également dans ce cas la voie de la tierce-opposition contre ce jugement. V. l'arrêt de Grenoble.

rejette la requête et alors l'instance s'arrête, ou il l'accueille et alors il ordonne la convocation du conseil de famille qui donnera son avis sur l'état de la personne.

Cette formalité accomplie, la requête introductive d'instance est signifiée avec l'avis des parents au défendeur, puis le tribunal en chambre du conseil procède à l'interrogatoire du défendeur, qui peut être suivi, suivant l'appréciation des magistrats, d'une expertise médico-légale, d'une enquête ou de toute autre mesure d'information qu'il leur conviendra de prendre. Enfin quand l'instance est complètement instruite, l'affaire est appelée à l'audience publique et après débat contradictoire, s'il y a lieu, la sentence est prononcée.

827. I. Tribunal compétent. — Aux termes de l'art. 492 : « *Toute demande en interdiction sera portée devant le tribu-* » *nal de première instance* », mais devant lequel? Devant celui du domicile du défendeur conformément à la règle *Actor sequitur forum rei* (C. pr., art. 59).

Telle est l'opinion générale (1).

On a cependant induit du silence du texte sur ce point, qu'en donnant la compétence au tribunal de première instance, sans autre indication, le législateur avait voulu désigner le tribunal qui serait le mieux à même d'apprécier l'état de l'aliéné; or ce tribunal ne peut être que celui de la résidence (2). Cette solution eût été peut-être meilleure, mais c'est une pure conjecture dans l'état de nos principes en matière de compétence; l'art. 59 Pr. civ., qui règle ce point, a une portée générale et on doit l'appliquer dans tous les cas où la loi n'a pas apporté une dérogation spéciale.

Nous ne trouvons pas ici cette dérogation expresse et nous devons appliquer l'art. 59 Pr. civ. d'une façon absolue, même

(1) Cass., 23 juil. 1840, S., 40. 1. 959. — Paris, 28 nov. 1833, S., 35. 2. 556. — Carré et Chauveau, VI, n. 3013; Duranton, III, n. 725; Toullier, II, n. 1319; Bioche, v° *Interdiction*, n. 23; Rousseau et Laisney, v° *Interdiction*, n. 50; Marcade, sur l'art. 493; Taulier, II, p. 105; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 701; Valette, p. 348; Mourlon, I, n. 1277; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 465; Demolombe, VIII, n. 482; Aubry et Rau, I, § 125, p. 793; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 164; Huc, III, n. 507; Beudant, III, n. 967; Vigié, I, n. 898; Planiol, I, n. 2595.

(2) Bordeaux, 20 germinal an XIII, S. chr., Dall. *Rep.*, v° *Domicile*, n. 50.

s'il s'agissait d'une demande en interdiction formée par le ministère public pour cause de fureur.

A la rigueur, l'opinion contraire aurait pu être soutenue avant la loi de 1838, à une époque où le ministère public ne pouvait pas interner un aliéné non interdit et où par conséquent il était utile, pour procéder rapidement, que ce fût le ministère public du lieu où l'ordre était troublé qui agit devant le tribunal de la résidence du furieux [1]; mais aujourd'hui que la loi de 1838 permet l'internement direct de l'aliéné, on ne peut justifier en aucune façon une dérogation au principe de la compétence du tribunal de son domicile [2].

L'incompétence dont il s'agit est une incompétence *ratione personæ*, par conséquent le défendeur peut y renoncer : et il pourra accepter soit expressément, soit tacitement la juridiction du tribunal saisi quoique incompétent : l'incompétence sera couverte non seulement à son égard, mais encore à l'égard des tiers [3].

828. II. Introduction de la demande. — La demande en interdiction est introduite par requête au président du tribunal : c'est le premier acte de la procédure; elle est dispensée du préliminaire de conciliation, c'est elle qui commence et lie l'instance (art. 49 et 890 Pr. civ.).

829. L'art. 493 C. civ. indique les mentions que cette requête doit contenir : « *Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivent l'interdiction présenteront les témoins et les pièces* ».

Les expressions employées par l'art. 493 : « *articulés par écrit* », signifient qu'une formule vague serait insuffisante : il faut une indication précise des faits de nature à caractériser l'aliénation mentale, de façon que le tribunal soit renseigné et éclairé, sans que cependant il soit nécessaire

[1] Req., 24 décembre 1838, S., 39. 1. 49. — *Sic* Carré et Chauveau, n. 3013; Duverrier sur Toullier, I, n. 1329, note *a*.

[2] Laurent, V, n. 262; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 465, note 9; Demolombe, VIII, n. 483.

[3] Req., 24 décembre 1838, précité. — Douai, 22 juin 1854, S., 54. 2. 491, D., 55. 2. 54. — Laurent, V, n. 261.

d'entrer dans le détail des faits, chose qui sera faite lors de l'enquête, si elle a lieu. Il y a donc ici une de ces formalités substantielles dont l'absence entraîne la nullité de l'acte : mais il faut ajouter que les juges du fond sont maîtres absolus de prononcer la nullité et qu'ils apprécieront souverainement si les faits se trouvent suffisamment articulés : la cour de cassation n'aurait aucune prise sur leur décision (1).

Mais devons-nous admettre la même sanction pour le défaut de présentation des témoins et des pièces justificatives? La question est discutée.

Certains estiment que cette seconde formalité n'est pas exigée à peine de nullité, puisque les faits signalés pourront être prouvés par d'autres moyens que des déclarations de témoins et que d'ailleurs l'enquête n'étant pas imposée par la loi il est inutile d'indiquer leurs noms par avance (2).

Nous ne partageons pas cette manière de voir : la loi parle dans la même disposition de ces diverses formalités et elle paraît y attacher la même valeur : si donc l'une d'elles constitue une formalité substantielle, l'autre ne saurait avoir une portée différente. Ceci se comprend : le tribunal, comme on le verra, peut rejeter *de plano* la requête : il faut donc que, dès ce moment, il puisse apprécier si la demande est sérieuse, et l'indication des témoins et des pièces justificatifs constitue à ce point de vue un élément utile d'appréciation (3).

830. III. Examen du tribunal. — La requête est communiquée en vertu d'une ordonnance du président, au ministère public, et cette ordonnance commet en même temps un juge pour faire un rapport sur l'affaire. Au jour indiqué, le tribunal se réunit en chambre du conseil, le juge commis fait son

(1) Cass., 23 mai 1860, S., 60. 1. 958. — Rennes, 16 août 1838, S., 39. 2. 284. — Nîmes, 4 juillet 1859, sous Cass., 2 août 1860, S., 61. 1. 254, D., 60. 1. 495. — *Sic* Carré et Chauveau, VI, quest. 3014; Demolombe, VIII, n. 486; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, § 234, p. 465, note 11; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, n. 1120.

(2) Cass., 2 août 1860, précité. — Agen, 18 février 1841, S., 48. 1. 177. — Bordeaux, 21 avril 1875, S., 75. 2. 255, D., 76. 5. 271. — *Sic* Chauveau sur Carré, quest. 3013 *bis* et 3024 *bis*; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, § 234, p. 465, note 13; Aubry et Rau, I, § 125, p. 792; Laurent, V, n. 263; Huc, III, n. 508.

(3) Rennes, 16 août 1838, précité. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, n. 1120; Demolombe, VIII, n. 486.

rapport, et après les conclusions orales du ministère public, le jugement est prononcé.

Deux hypothèses peuvent se présenter : 1° le tribunal repousse la requête ; 2° il admet la requête.

1° *Le tribunal repousse la requête.* Le tribunal peut *de plano* repousser la demande en interdiction : l'avis du conseil de famille ne lui est nécessaire que pour suivre la requête (1). D'ailleurs, il est loisible au défendeur de se présenter dès ce moment devant la chambre du conseil pour se défendre : en matière d'interdiction, en effet, l'instance existe dès que la requête est présentée et si la loi n'a pas ordonné aussitôt l'interrogatoire du défendeur c'est uniquement pour permettre au tribunal de rejeter *de plano* la demande (2).

Si la requête est rejetée, le demandeur a la faculté d'interjeter appel (3) : la cour d'appel sera saisie dans les mêmes formes que le tribunal par une requête au président de la cour. Le défendeur aura aussi le droit de venir présenter sa défense devant la cour.

831. 2° *Le tribunal admet la requête.* Dans ce cas la loi lui impose l'obligation de convoquer le conseil de famille (art. 495 C. civ.). Suivant l'opinion générale, ce jugement sera rendu en chambre du conseil pour des raisons de convenance et de discrétion (4).

832. Par suite, le plus souvent, à moins qu'elle ne se soit présentée volontairement, la personne à interdire n'en est pas avertie et alors on peut se demander si elle aura le droit de former opposition au jugement. Certaines décisions et certains auteurs ont dénié ce droit au défendeur pour cette raison que le jugement admettant la requête est un acte de juridiction gracieuse, contre lequel l'opposition n'est pas

(1) Toullier, II, n. 1320 ; Carré et Chauveau, quest. 3014 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, n. 1120 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 125, p. 460 ; Valette, p. 349 ; Taulier, II, p. 106 ; Delvincourt, I, p. 130, note 7 ; Mourlon, I, n. 1278 ; Demolombe, VIII, n. 489 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 266 *bis* ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 193 ; Vigie, I, n. 898.

(2) Cass., 16 fév. 1876, S., 76. 1. 302, D., 76. 1. 151.

(3) *Contra* Huc, III, n. 509.

(4) Poitiers, 4 juin 1860, S., 60. 2. 493, D., 60. 5. 205. — *Contra* Cass., 17 fév. 1875, S., 75. 1. 193, D., 75. 1. 49.

ouverte, et que cette opposition serait en contradiction avec le caractère de la procédure d'interdiction qui est essentiellement secrète dans sa période préliminaire (1).

Nous répondons que le jugement qui ordonne la convocation du conseil de famille est un véritable jugement prononçant sur une matière contentieuse : la loi n'exige nulle part que le défendeur ait dû être appelé pour qu'il y ait jugement par défaut ; si la loi a voulu que la procédure préparatoire de l'interdiction fût secrète, c'est uniquement dans l'intérêt de l'interdit et par conséquent on ne peut lui refuser le droit de se défendre s'il le juge préférable (2).

Dans tous les cas l'appel sera recevable, et ce sera même la seule voie possible suivant les principes généraux, lorsque le jugement aura reçu exécution complète, par conséquent lorsque la réunion du conseil de famille aura eu lieu (3).

833. IV. **Avis de la famille.** — Le conseil de famille dont parle l'art. 494 est le même que celui qui est organisé en matière de tutelle des mineurs, et selon cet article il sera formé suivant le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre de la minorité et de la tutelle. Bien qu'il ne renvoie pas à l'autre section du même chapitre, il faut cependant admettre qu'on aura à appliquer ici toutes les règles générales de la tutelle relatives à l'organisation et à la composition du conseil de famille, notamment celles mentionnées dans la section VII, et relatives aux causes d'incapacité ou d'exclusion (4).

834. Toutefois à ces dispositions générales la loi a dans l'art. 495 ajouté une cause d'incapacité spéciale : « *Ceux qui* » *auront provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du* » *conseil de famille* ». La raison en est bien simple. « Le conseil de famille sera consulté, disait Emmery au Corps légis-

(1) Aix, 19 mars 1835, S., 35. 2. 478. — *Sic* Carré, VI, p. 3030; Huc, III, n. 509. — Jurisprud. belge dans ce sens, Liège, 16 mars 1891, S., 91. 4. 28.

(2) Douai, 11 mars 1864, S., 64. 2. 147. — Caen, 30 janv. 1873, S., 73. 2. 233, D., 76. 2. 42. — Paris, 19 juin 1875, S., 75. 2. 244, D., 76. 2. 42. — Chauveau sur Carré, VI, quest. 3030 ; Favard de Langlade, v° *Interdict.*, n. 59.

(3) Cass., 11 mai 1892, S., 92. 1. 410, D., 93. 1. 452. — *Contra* Huc, III, n. 509.

(4) Cass., 19 mai 1885, S., 85. 1. 265, D., 86. 1. 71.

latif, et pour que son avis soit plus impartial on écarte du conseil les parents qui ont provoqué l'interdiction. Ils se sont rendus partie, ils ne doivent pas rester parmi les juges » (1).

835. Mais l'art. 495 ajoute : « *Cependant l'époux ou l'épouse* » *et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provo-* » *quée pourront y être admis sans y avoir voix délibérative* ».

En quoi consiste exactement cette exception apportée au principe posé par l'art. 495 ? On a prétendu que cette seconde disposition de l'art. 495 avait pour ainsi dire une portée générale et que dans tous les cas, quelle que soit l'attitude prise par le conjoint ou les enfants dans ce procès, qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas pris l'initiative de la demande, ils n'auront jamais que voix consultative et non voix délibérative (2).

Cette opinion nous paraît contraire à la lettre et à l'esprit de l'art. 495. Il est bien certain en effet que cet article, après avoir posé une règle générale excluant du conseil de famille le demandeur à l'interdiction, y apporte une exception qu'il annonce par le mot « *cependant* » et cette exception ne peut se référer qu'à l'hypothèse prévue par la règle générale, c'est-à-dire au cas où le conjoint ou les enfants seront demandeurs à l'interdiction. Tel est le sens le plus simple de cette disposition, celui qui s'impose naturellement. On peut ajouter que ces personnes seront les mieux placées pour donner des renseignements utiles au point de vue de l'interdiction. Ce n'est donc que dans le cas où le conjoint ou les enfants auront provoqué l'interdiction qu'ils ne pourront faire partie du conseil qu'avec voix délibérative : lorsqu'ils ne seront pas demandeurs, ils y auront voix délibérative (3).

(1) Locré, VII, 2e partie, *Comment.*, VI, n. 5, p. 353.

(2) Nancy, 21 nov. 1844, D., *Rép.*, v° *Interdit*, n. 76. — Magnin, I, n. 848 ; Toullier, II, n. 1322 ; Ducaurroy, I, n. 719.

(3) Caen, 2 juil. 1842, *Rec. Caen*, VI, p. 404. — Trib. Seine, 14 déc. 1852, sous Paris, 24 fév. 1853, S., 53. 2. 463, D., 53. 2. 107. — Paris, 15 juin 1857, S., 58. 2. 104. — Sic Marcadé, II, sur l'art. 493 ; Taulier, II, p. 106 ; Bioche, v° *Interdit*, n. 41 ; Rousseau et Laisney, v° *Interdict.*, n. 39 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, note 14 ; Delsol, I, p. 34 ; Valette, I, p. 601 ; Laurent, V, n. 265 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 267 et 267 *bis* ; Aubry et Rau, I, § 195, p. 734, note 12 ; Huc, V, n. 340 ; Vigié, I, n. 858 ; Planiol, I, n. 260.

D'ailleurs l'idée qui a guidé le législateur, c'est que le conseil devait présenter le plus possible de garanties d'impartialité et nous approuvons par conséquent les décisions qui ont écarté du conseil de famille les personnes dont l'impartialité pouvait paraître douteuse, par exemple un mari plaidant en séparation de corps contre sa femme dont l'interdiction est demandée (1) (art. 442-4° C. civ.).

Mais d'autre part, comme il s'agit avant tout, pour le conseil de famille, de s'éclairer de son mieux sur l'état mental du défendeur, on admet avec raison qu'il pourra entendre à titre de renseignements soit le demandeur, soit le défendeur (2).

836. Si le conseil de famille a été composé irrégulièrement, quelle sera la sanction? Nous appliquerons le principe général adopté par la doctrine et la jurisprudence en matière de tutelle : ce sera au juge d'apprécier; il ne prononcera pas la nullité s'il estime que les irrégularités commises n'ont pas pu préjudicier au défendeur et si ses intérêts ont été suffisamment sauvegardés (3).

837. Le rôle du conseil de famille consiste uniquement à donner son avis sur l'état mental du défendeur, sans qu'il ait à se prononcer sur la demande elle-même : s'ensuit-il que sa délibération serait nulle s'il émettait l'avis que l'interdiction doit être poursuivie? Assurément non : comme le dit Laurent, c'est une question de mots : on pourrait reprocher un pléonasme au conseil de famille (4).

838. L'avis du conseil de famille est-il susceptible d'un recours quelconque? Comme ce n'est qu'un avis et non une décision, il ne peut y avoir de recours quant au fond. Mais il peut y en avoir, suivant le droit commun, à raison des vices de forme : on appliquera, ici encore, les règles admises en matière de tutelle; les tribunaux jouiront d'un pouvoir

(1) Caen, 31 juil. 1878, D., 79. 2. 269. — Lyon, 17 janv. 1882, D., 83. 2. 12.

(2) Toullier, n. 1323; Bioche, v° *Interdiction*, n. 43; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 466, note 14; Demolombe, VIII, n. 498; Aubry et Rau, I, § 125, p. 795. — Cf. Laurent, V, n. 365, p. 316.

(3) Cass., 7 fév. 1893, D., 93. 1. 152. — Lyon, 14 juil. 1853, S., 53. 2. 613, D., 54. 2. 33. — V. *suprà*, n. 404 s.

(4) Cass., 5 avril 1864, S., 65. 1. 158, D., 65. 1. 84. — Laurent, V, n. 265, p. 316.

discrétionnaire pour prononcer ou non la nullité de la délibération [1].

839. C'est pour des raisons d'ordre public que la loi exige l'avis du conseil de famille pour poursuivre l'interdiction : la capacité et la liberté d'un individu sont en effet en jeu. Il suit de là qu'il ne s'agit pas ici d'un simple acte de procédure, mais bien d'une formalité substantielle dont l'absence ou la nullité entraînerait la nullité de toute la procédure [2] ; cette nullité d'ordre public ne pourrait pas être couverte par l'acquiescement des parties, par exemple par ce fait que le défendeur aurait participé sans protester à la procédure ultérieure [3].

840. V. Interrogatoire du défendeur. — Jusqu'à présent la procédure d'interdiction, sauf les cas très rares de comparution volontaire du défendeur, s'est déroulée hors de sa présence. Le moment est venu pour lui d'être informé de ce qui se passe et pour le tribunal de se rendre compte par lui-même si l'état mental de l'aliéné ou prétendu tel, mérite qu'on le place en état d'interdiction.

A cet effet, l'art. 893 C. Pr. civ. ordonne la signification au défendeur de la requête et de l'avis de la famille. La signification sera faite dans la forme ordinaire aux personnes contre lesquelles la demande d'interdiction doit être dirigée [4]. La loi n'exigeant pas cette signification à peine de nullité, et d'autre part cette formalité n'étant pas, à notre avis, substantielle, le défaut de signification n'entraînera pas la nullité de la procédure. Et dans tous les cas comme cette formalité est prescrite uniquement dans l'intérêt de l'aliéné, son absence ne pourrait être invoquée par des tiers et d'autre part elle

[1] Cass., 2 août 1860, S., 61. 1. 254, D., 60. 1. 495. — Colmar, 14 juill. 1836, S., 37. 2. 231. — Laurent, V, n. 266; Huc, III, n. 509. — V. *suprà*, n. 425 s. — Bien d'autres questions pourraient se poser ; notamment celle de savoir si les membres du conseil peuvent se faire représenter, et si ces représentations peuvent recevoir un mandat impératif : elles se posent également en matière de tutelle ; nous renvoyons donc pour tout examen à ce qui a été dit à cet endroit.

[2] Cass., 31 juill. 1878, D., 79. 2. 269. — Pau, 2 janv. 1895, S., 95. 1. 129. — *Sic* Laurent, V, n. 267.

[3] Lyon, 14 juill. 1853, S., 53. 2. 618, D., 54. 2. 33.

[4] V. *suprà*, n. 687 s.

serait couverte par le fait que l'aliéné n'aurait pas protesté au moment de l'interrogatoire [1].

Puis on procèdera à l'interrogatoire du défendeur. « *Après* » *avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interro-* » *gera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut s'y* » *présenter, il sera interrogé dans sa demeure par l'un des* » *juges à ce commis assisté du greffier. Dans tous les cas le* » *procureur du roi sera présent à l'interrogatoire* » (art. 899).

841. Le jugement qui ordonne l'interrogatoire devra-t-il être signifié? Dans le silence de l'art. 893 C. Pr. civ., qui nous fournit même un argument *a contrario,* et pour ne pas multiplier les formalités, nous croyons que cette signification n'est pas nécessaire [2]. Cependant certains auteurs estiment le contraire et ajoutent même que pour permettre au défendeur de préparer ses moyens de défense, un délai suffisant doit s'écouler entre la signification et l'interrogatoire [3].

842. Ce qui est certain c'est que l'interrogatoire lui-même est une formalité substantielle. Sans doute s'il est d'avis de rejeter la demande sans pousser plus loin, le tribunal peut ne pas procéder à cet interrogatoire [4]; il peut même dans ce cas, nous l'avons déjà vu, se passer de l'avis de la famille. Mais s'il faut poursuivre l'examen de la demande, il faut *nécessairement* qu'il procède à l'interrogatoire du défendeur.

Les termes de la loi sont impératifs : le tribunal *interrogera.* L'omission de cette formalité entraînerait la nullité de la procédure : et c'est une nullité d'ordre public proposable

(1) Cass., 3 fév. 1868, S., 68. 1. 255. D., 68. 1. 399. — Besançon, 20 fév. 1810, S. chr. — *Sic* Chauveau et Carré, quest. 3017 *bis* ; Bioche, v° *Interdiction*, n. 60.

(2) Bourges, 28 mai 1820, S. chr. — *Sic* Carré et Chauveau, *Quest.*, 3018; Laurent, V, n. 269.

(3) Demolombe, VIII, n. 505; Huc, III, n. 510. — Cf. Paris, 23 mars 1899, D., 1900. 2. 21.

(4) Chambéry, 5 juill. 1898, D., 99. 2. 247. — *Sic* Massé et Vergé sur Zachariæ, § 234, p. 466, note 15; Bioche, v° *Interdiction*, n. 66; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 268; Demolombe, VIII, n. 502 et 503; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, n. 1120; Laurent, V, n. 268. — Voyez en sens contraire Orléans, 26 fév. 1819, S., 19. 2. 167; Cass., 9 mai 1860, S., 60. 1. 505. — Duranton, III, n. 734; Chauveau sur Carré, *quest.*, 3014; Aubry et Rau, I, § 125, p. 796, note 15.

par conséquent en tout état de cause et même pour la première fois devant la cour de cassation [1].

843. Il faut prévoir cependant le refus de comparaître ou l'abstention volontaire du défendeur ; ces faits ne sauraient évidemment empêcher le tribunal de prononcer l'interdiction, le défendeur ne peut se plaindre de l'inobservation de cette formalité légale, mais il est nécessaire que l'impossibilité de procéder à l'interrogatoire résulte nettement du jugement : la simple mention de la non-comparution, par exemple, serait donc insuffisante [2].

844. L'interrogatoire, contrairement au droit commun, devra avoir lieu non pas devant le juge commis mais en chambre du conseil ; la loi n'a pas voulu qu'il eût lieu à l'audience, pour ne pas frapper le défendeur et lui permettre de répondre avec le moins d'émotion possible ; mais cette formalité n'est pas non plus exigée à peine de nullité [3].

Si le défendeur est dans l'impossibilité de se présenter il sera procédé à l'interrogatoire, par un juge commis, au domicile du défendeur. S'il réside à l'étranger, on enverra une commission rogatoire au juge de la résidence. Il faudrait évidemment assimiler à l'abstention volontaire le fait, par le défendeur, de se livrer à une série de déplacements qui empêcheraient l'exécution de la commission rogatoire [4].

845. La loi n'a pas réglé les formes de l'interrogatoire elle ne pouvait mieux faire : c'est au tribunal à apprécier quelles sont les questions qui lui permettront le mieux de se faire une conviction sur l'état mental du défendeur : ce qu'on peut dire cependant, c'est que ces questions devront porter sur les faits ordinaires de la vie, puisqu'il s'agit de savoir si l'aliéné peut se diriger lui-même, et non sur des matières

[1] Cass., 9 mai 1860, S., 60. 1. 505, D., 60. 1. 214 ; 29 avril 1868, S., 68. 1. 324, D., 69. 1. 224. — Demolombe, VIII, n. 511 ; Laurent, V, n. 268 ; Vigié, I, n. 898 ; Huc, III, n. 510 ; Planiol, I, n. 2601.

[2] Cass., 29 avril 1868, précité ; 7 déc. 1858, D., 69. 1. 188 ; 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193 ; 4 avril 1887, D., 88. 1. 202 ; 7 fév. 1893, D., 93. 1. 152. — Demolombe, VIII, n. 511 ; Laurent, V, n. 268 ; Huc, III, n. 510 ; Vigié, I, n. 898 ; Planiol, I, n. 2601, note 3.

[3] Besançon, 29 fév. 1849, S. chr. — Laurent, V, n. 269.

[4] Trib. civ. Seine 5 fév. 1884, *Clunet*, 1884, p. 393. — Huc, III, n. 510.

abstraites ou spéculatives. Au surplus, si le tribunal ne se trouve pas suffisamment éclairé, il pourra procéder à un second interrogatoire [1].

Dans tous les cas, comme il s'agit de matières intéressant l'état et la capacité des personnes, le ministère public devra toujours y assister. Quant au poursuivant, la loi ne l'ayant pas formellement écarté de l'interrogatoire, nous croyons que sa présence ne serait pas une cause de nullité; c'est au tribunal à apprécier s'il est utile ou non qu'il y assiste [2].

846. VI. **Enquête.** — Il y a une autre mesure d'instruction qui est facultative dans les procès en interdiction et dont le Code civil ne parle pas : c'est l'enquête. L'art. 803, al. 2 et 3 C. pr. dit à ce sujet : *Si l'interrogatoire et les pièces pro-* » *duites sont insuffisants, et si les faits peuvent être justifiés* » *par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête* » *qui se fera en la forme ordinaire. — Il pourra ordonner, si* » *les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de* » *la présence du défendeur, mais dans ce cas son conseil* » *pourra le représenter* ».

847. L'enquête, dit cet article, se fera en la forme ordinaire : par conséquent il faudra assigner ce défendeur et ce n'est qu'exceptionnellement, si les circonstances l'exigent, par exemple en cas de fureur, qu'il pourra en être éloigné, son avoué pouvant d'ailleurs le représenter [3].

Il faut encore déduire de cette idée, qu'il faudra appliquer les dispositions du Code de procédure relatives aux parents et alliés, serviteurs et domestiques des parties, qui pourront par suite être reprochés. Ne pourra-t-on pas également reprocher les membres du conseil de famille qui ont donné leur avis sur l'état mental de l'aliéné? C'est ce qui a été décidé par un arrêt de Nancy sous ce prétexte qu'ayant exprimé leurs avis, ils avaient donné un certificat sur la cause [4]. Nous ne croyons pas cette raison péremptoire : il n'y a aucun motif,

(1) Demolombe, VIII, n. 509; Vigié, I, n. 808; Laurent, V, n. 269.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, note 15; Carré et Chauveau, quest. 302 s.; Huc, III, n. 510.

(3) *Sic* Demolombe, VIII, n. 421. — *Contrà* Aix, 19 mars 1835, S., 35. 2. 478.

(4) Nancy, 17 déc. 1885, S., 87. 2. 15, D., 86. 2. 280.

suivant nous, d'écarter le témoignage de personnes qui sont le mieux placées pour donner des renseignements exacts : d'ailleurs l'art. 893 prescrit la forme ordinaire des enquêtes : il n'y a donc qu'à se conformer strictement aux dispositions du code de procédure [1].

848. Bien que la loi n'en parle pas, il est certain que le tribunal aurait le droit, si l'interrogatoire ne suffisait pas, de soumettre le défendeur à une expertise médicale, il ne saurait s'en plaindre, car c'est son intérêt [2].

849. VII. Administrateur provisoire. — Aux termes de l'art. 497 : « *Après le premier interrogatoire* [3], *le tribunal* » *commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour* » *prendre soin de la personne et des biens du défendeur* ».

On peut donner divers motifs de cette disposition. D'abord l'accomplissement de toutes les formalités de la procédure implique un certain laps de temps pendant lequel il est nécessaire de subvenir à l'administration des biens de l'aliéné. D'autre part, il est possible que son état mental permette d'espérer une guérison assez prompte, et il peut, par suite, être utile de surseoir au jugement d'interdiction. Il arrivera même quelquefois, dans la pratique, qu'on intentera une demande en interdiction uniquement pour parvenir à la nomination d'un administrateur provisoire : puis cette nomination faite, on laissera sommeiller l'instance jusqu'à la mort de l'aliéné. Dans certains cas, cette manière de procéder suffit pour sauvegarder tous les intérêts, par exemple s'il s'agit d'un vieillard tombé en enfance, incapable de nuire à sa famille par des actes de disposition, mais incapable aussi de gérer son patrimoine. A quoi servirait de le faire interdire ? Il suffit, en attendant sa mort, que quelqu'un ait un titre légal pour gérer ses biens.

Au surplus, d'après les termes mêmes de notre article, cette nomination est facultative pour le tribunal.

850. Dans quelle forme devra être rendu le jugement nommant l'administrateur provisoire ? Il n'est pas douteux

[1] Paris, 19 mars 1866, S. chr.
[2] Laurent, V, n. 276.
[3] Cass., 6 fév. 1900, D., 1900. 1. 160. — Paris, 23 mars 1899, D., 1900. 2. 21.

qu'il doit être rendu en chambre du conseil et non en audience publique. Il suffit d'abord pour s'en convaincre, de rapprocher les articles 496 et 497. L'art. 496 veut que l'interrogatoire ait lieu en chambre du conseil et l'article 497 ajoute que le tribunal pourra nommer un administrateur : ce sont là évidemment deux mesures qui peuvent être prises dans les mêmes conditions. Puis le législateur a donné une véritable interprétation de l'art. 497 dans l'art. 32 de la loi du 30 juin 1838 qui se réfère expressément à cet article et décide que, pour les personnes non interdites, mais placées dans un établissement d'aliénés, la nomination de l'administrateur provisoire sera faite par le tribunal en chambre du conseil (1).

851. Ce jugement sera susceptible d'opposition s'il a été rendu par défaut, et d'appel s'il est contradictoire (2). Mais quand est-il contradictoire? A notre avis il est contradictoire dès que le défendeur a été interrogé : il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu constitution d'avoué, parce qu'en cette matière la loi autorise le défendeur à contredire lui-même sans se faire assister d'un avoué (3).

852. Quant au choix de l'administrateur, il dépend uniquement du tribunal qui jouit d'un pouvoir d'appréciation absolu. Il pourra notamment désigner la femme de l'aliéné comme administrateur provisoire (4).

853. Quels sont les pouvoirs de l'administrateur provisoire? La loi ne les a pas précisés; elle s'est bornée à dire qu'il prendra soin de la personne et des biens du défendeur. L'administrateur provisoire ayant le soin de la personne de l'aliéné, il pourra le placer dans un établissement d'aliénés; c'est la meilleure façon de le soigner.

En ce qui concerne les biens, l'expression *administrateur*

(1) Cass., 6 fév. 1856, S., 56. 1. 113, D., 56. 1. 71 et 75; 19 fev. 1856, *ibid.* — Amiens, 7 juin 1855, S., 55. 2. 500, D., 56. 1. 75. — *Sic* Laurent, V, n. 271; Rousseau et Laisney, v° *Interdiction*, n. 50; Aubry et Rau, I, § 125, n. 796; Huc, III, n. 511; Vigié, I, n. 898. — *Contra* Paris, 9 janv. 1855, S., 55. 2. 641, D., 56. 1. 75.

(2) Bruxelles, 18 janv. 1900, D., 1901. 2. 126.

(3) Cass., 10 août 1825, S. chr., et Montpellier, 28 août 1822, sous Cass., 10 août 1825, précité. — *Sic* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Appel*, § 1, n. 8; Demolombe, VIII, n. 518; Huc, III, n. 511. — *Contrà* D. *Suppl.*, v° *Interdiction*, n. 89.

(4) Cass., 19 fév. 1856, précité. — *Sic* Magnin, I, n. 852.

provisoire indique suffisamment qu'il ne pourra faire que des actes d'administration et de conservation, tous autres actes affectant le fond des droits lui étant interdits. C'est qu'en effet cette nomination n'est qu'une mesure de conservation qui ne dépouille pas le défendeur de l'exercice de ses droits [1]. Donc l'administrateur provisoire ne pourra pas par exemple aliéner [2] ou consentir des baux excédant neuf années [3].

On pourra, au surplus, se référer à la loi du 30 juin 1838 et accorder à l'administrateur provisoire les pouvoirs conférés par les art. 31 et 32 de cette loi aux administrateurs des aliénés interdits, sans toutefois les assimiler complètement, ces derniers n'étant donnés qu'aux biens et les premiers étant donnés au contraire aux biens et à la personne de l'aliéné [4].

854. L'administrateur provisoire pourra-t-il représenter l'aliéné dans l'exercice des actions soit en qualité de demandeur, soit en qualité de défendeur? En ce qui concerne l'exercice actif des actions, on décide généralement que l'administrateur provisoire doit être autorisé par le tribunal [5]. Nous pensons qu'il faut décider de même pour la défense aux actions. Il ne faut pas en effet perdre de vue que l'administrateur provisoire n'est pas un tuteur, qu'il n'est chargé que de l'administration des biens de l'aliéné et que celui-ci conserve, en dehors de l'administration de ses biens, toute sa capacité; de plus, la défense aux actions nous paraît être plus qu'un acte d'administration; enfin nous trouvons un argument par analogie dans la loi du 30 juin 1838 dont l'art. 33 exige, pour le cas où une action serait intentée contre l'aliéné, la nomination d'un mandataire spécial [6].

[1] Cass., 22 janv. 1855, S., 55. 1. 161, D., 55. 1. 249. — *Sic* Delvincourt, I, p. 130, note 11; Marcadé, sur l'art. 497; Massé et Vergé sur Zachariæ, note 16 sur le § 231; Magnin, I, n. 852; Demolombe, VIII, n. 515; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 269 *bis*, Aubry et Rau, I, § 125, p. 796; Laurent, V, n. 272; Huc, III, n. 511; Beudant, III, n. 967, IV.

[2] Bruxelles, 30 août 1806, S. chr.

[3] Cass., 3 avril 1839, S., 39. 1. 397. — *Contrà* Paris, 30 avril 1838, sous Cass., 3 avril 1839, précité.

[4] Demante et Colmet de Santerre, II, n. 269 *bis*.

[5] Bertin, I, n. 663; Huc, III, n. 511.

[6] Cass., 22 janv. 1855, précité. — *Sic* Bertin, I, n. 663; Huc, III, n. 511. — *Contra* Paris, 20 août 1853, sous Cass., 22 janv. 1855, précité.

855. Nous avons raisonné pour l'hypothèse où le tribunal n'avait pas précisé lui-même la mission de l'administrateur provisoire : il a, à cet égard, les pouvoirs les plus étendus : il pourra l'autoriser par jugement à aliéner, hypothéquer, emprunter, etc. (1).

856. L'administrateur provisoire est un mandataire : il est, par conséquent, responsable et il devra rendre compte de sa gestion, soit au tuteur qui sera nommé, soit à la fin de la tutelle si lui-même est désigné comme tuteur de l'interdit.

Mais ses biens ne sont pas frappés d'une hypothèque légale (2). Ce n'est pas un tuteur. Un arrêt a décidé que le jugement nommant l'administrateur provisoire emporterait hypothèque judiciaire sur ces biens (3). Cette opinion nous paraît devoir être rejetée, le jugement nommant l'administrateur provisoire, en effet, n'est pas un jugement emportant condamnation ; de plus, la loi de 1838 nous fournit un argument d'analogie ; l'art. 34, en effet, dit que le jugement qui nomme l'administrateur provisoire *peut* en même temps constituer une hypothèque générale sur ses biens : c'est donc que normalement il n'y a pas d'hypothèque (4).

857. VIII. Jugement. — « *Le jugement, sur une demande* » *en interdiction, ne pourra être rendu qu'à l'audience publi-* » *que les parties entendues ou appelées* » (art. 498). Quelle que soit la décision du tribunal, le jugement doit donc être rendu en audience publique, le ministère public entendu.

Le jugement qui statue sur une demande en interdiction peut consacrer l'une ou l'autre des trois solutions suivantes :

(1) Cass., 6 fév. 1856, S., 55. 1. 113, D., 56. 1. 71 et 75 ; 19 fév. 1856, *ibid.* — Paris, 9 janv. 1855, S., 55. 2. 640, D., 56. 1. 71. — Amiens, 7 juin 1855, S., 55. 2. 500, D., 56. 2. 75. — *Sic* Laurent, V, n. 272 ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 796 ; Huc, III, n. 511.

(2) Cass., 27 avril 1824, S. chr. — Montpellier, 14 janv. 1825, S. chr. — *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Hypoth.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Duranton, III, n. 748 ; Marcadé sur l'art. 497 ; Magnin, I, n. 853 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, p. 466, note 16 ; Valette, p. 352, note 1 ; Troplong, *Hypoth.*, II, n. 440 ; Mourlon, III, n. 1456 ; Demolombe, VIII, n. 515 ; Aubry et Rau, III, § 264 *bis*, texte et note 7 ; Huc, III, n. 511.

(3) Paris, 12 déc. 1833, P. chr.

(4) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 234, note 16 ; Pont, *Priv. et hypoth.*, II, n. 575 ; Demolombe, n. 517 ; Troplong, *Hypoth.*, II, n. 449 ; Aubry et Rau, III, § 265, texte et note 13 ; Huc, III, n. 511.

1° Rejeter la demande en interdiction ; ce que le tribunal fera si elle ne lui paraît pas fondée. Les dépens de l'instance doivent alors être mis à la charge du demandeur, par application de l'art. 131 C. pr., sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu (1).

2° Prononcer l'interdiction. Les dépens seront, dans ce cas, à la charge du défendeur. En effet, l'interdiction est pour lui une mesure de protection dont il doit supporter les frais.

3° Enfin le tribunal peut prendre un moyen terme qui consiste à nommer un conseil judiciaire au défendeur. L'art. 499 dit à ce sujet : « *En rejetant la demande en interdiction, le » tribunal pourra néanmoins, si les circontances l'exigent, » ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, » transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en » donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, » sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le » même jugement* ». Nous retrouverons ce texte reproduit dans l'art. 513 : nous en reportons l'explication à cet endroit.

Dans cette hypothèse encore les frais devront être mis à la charge du défendeur, car la décision du tribunal prouve que le demandeur avait des raisons sérieuses de provoquer l'interdiction (2).

858. La demande en interdiction, nous l'avons déjà dit, intéresse la capacité, par conséquent l'ordre public. De là, il résulte que ni l'interdit ni le demandeur à l'interdiction ne peuvent acquiescer au jugement d'interdiction. Ils ne pourraient pas davantage se désister de l'appel qu'ils auraient intenté contre le jugement. Ce qui est vrai de l'acquiescement et du désistement, le serait également pour une transaction de quelque nature qu'elle soit (3).

(1) Toullier, II, n. 1333 ; Duranton, n. 745 ; Carré et Chauveau, quest. 3839 *bis* ; Demolombe, VIII, n. 525 ; Huc, III, n. 513.

(2) Cass., 14 juill. 1857, S., 57. 1. 727, D., 57. 1. 354. — Trib. Lyon, 22 janv. 1872, D., 72. 3. 16. — *Sic* Chauveau sur Carré, quest. 3030 *bis* ; Marcadé sur l'art. 499 ; Blanche, v° *Interdiction*, n. 87 ; Demolombe, VIII, n. 534 ; Berlin, I, n. 671.

(3) Cass., 13 nov. 1883, S., 84. 1. 328, D., 84. 1. 103. — Lyon, 14 juill. 1853, S., 54. 2. 618, D., 54. 2. 32. — Douai, 8 déc. 1858, D., 59. 2. 101. — Lyon, 12 juill. 1873, S., 73. 2. 49. — *Sic* Delvincourt, I, p. 480 ; Chauveau sur Carré, *Suppl.*, quest. 3013 *quater* et 3031 *bis* ; Demolombe, VIII, n. 474 ; Laurent, V, n. 248 ; Aubry et Rau, 4e édit., I, § 124, p. 511 ; Laurent, V, n. 248 ; Huc, III, n. 513.

En cas de désistement par conséquent, le demandeur pourrait reprendre l'instance dont il s'est désisté. Mais faut-il aller plus loin et dire que la Cour pourra statuer sur la demande d'office ? C'est notre avis : le désistement n'étant pas valable, il ne saurait dessaisir la Cour : l'ordre public étant intéressé il est du devoir des magistrats de contrôler et de terminer l'affaire (1).

859. IX. Voies de recours contre le jugement. — 1° *Opposition.* — Bien que l'art. 893 C. pr. ne parle que de l'appel, presque tous les auteurs et la jurisprudence admettent que l'opposition est possible contre le jugement qui prononce par défaut sur la demande d'interdiction. L'opposition est de droit commun, il faudrait un texte exprès pour l'écarter en matière d'interdiction (2).

860. Mais quel sera l'effet de l'opposition ? On sait que la question des effets de l'opposition, en thèse générale, est discutée. Dans une première théorie adoptée par la grande majorité des auteurs, l'opposition aurait simplement pour effet de suspendre l'exécution du jugement par défaut qui reprendrait toute sa force et à partir de sa date dès qu'il aurait été confirmé par la décision qui intervient sur l'opposition (3). Avec ce système, si, sur l'opposition, le jugement par défaut était confirmé, l'interdit serait considéré comme incapable du jour du jugement par défaut.

Mais la jurisprudence et quelques auteurs admettent un effet plus radical de l'opposition : l'anéantissement du jugement par défaut (4). La conclusion logique en notre matière

(1) Nancy, 15 juin 1865, S., 66. 2. 151, D., 66. 2. 142. — *Sic* Chauveau sur Carré, *Suppl.*, quest. 3013 *quater* et 3031 *bis;* Bertin, I, n. 669. — *Contrà* Laurent, V, n. 248.

(2) Bioche, v° *Interdict.*, n. 90; Rousseau et Laisney, v° *Interdict.*, n. 63; Duranton, III, n. 739; Chauveau sur Carré, quest. 3030; Bertin, I, n. 676; Huc, III, n. 514; Laurent, V, n. 282; Vigié, I, n. 899.

(3) Cass., 17 mars 1880, S., 82. 1. 405. — Pau, 27 juillet 1898, D., 99. 2. 499. — Garsonnet, *Procéd.*, VI, p. 320 s.; Masson, I, p. 428 s. — *Contrà* Bonfils, *Tr. élément. de proc. civ.*, 1re édit., p. 663. — Bien entendu, et quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur cette question, si le jugement par défaut avait repoussé la demande, et que sur l'opposition ce jugement eût été retracté et l'interdiction prononcée, ce n'est qu'à partir du second jugement qu'elle produirait ses effets.

(4) Cass., 3 fév. 1892, S., 92. 1. 140. — Nancy, 16 avril 1877, D., 79. 2. 205. —

serait que l'interdit ne serait incapable que du jour de la confirmation du jugement par défaut. Nous nous plaçons dans l'hypothèse où le jugement par défaut prononce l'interdiction et où ce jugement a été confirmé sur l'opposition : la solution devrait être la même dans tous les cas (1).

861. 2° *Appel.* — Si la demande en interdiction a été rejetée, l'appel pourra être interjeté par le provoquant, c'est-à-dire par celui qui a formé la demande, ou par un des membres du conseil de famille *alors même qu'il n'aurait pas été partie en cause*, et quel que soit l'avis qu'il ait donné sur l'interdiction. C. pr. art. 894 ; exception assez remarquable aux règles du droit commun (2). Toute autre personne ne pourrait pas interjeter appel, notamment le ministère public qui n'est pas lui-même demandeur (3).

862. Comme on le verra plus loin, l'appel n'est pas suspensif, contrairement au principe général posé par l'art. 487 C. pr. V. *infra*, n. 893 s.

Par suite de l'appel la demande en interdiction est remise en question : la cour pourra, si elle le veut, procéder à un nouvel interrogatoire ; elle peut infirmer *de plano* le jugement : l'interrogatoire est facultatif (art. 500) (4).

Poitiers, 16 janv. 1880, D., 82. 2. 6. — Amiens, 20 nov. 1884, D., 86. 2. 63. — *Sic* Chauveau sur Carré, n° 661. — Nous croyons devoir faire observer que la jurisprudence n'est pas très certaine sur ce point, quoi qu'on en dise : c'est ainsi que certains arrêts ont décidé que l'inscription de l'hypothèque résultant du jugement par défaut pouvait être prise immédiatement ; Cass., 17 mars 1880, *sup. cit.* On a tort, à notre avis, de généraliser certaines décisions qui sont loin de constituer une théorie générale.

(1) Cependant, la cour de Paris (6 déc. 1894, D., 95. 2. 428), a méconnu ces conséquences logiques : il s'agissait, dans l'espèce, d'un jugement du tribunal de la Seine qui avait nommé par défaut un conseil judiciaire : Sur l'opposition ce jugement fut rétracté, mais sur l'appel ce dernier jugement fut infirmé : entre le jugement de rétractation et l'arrêt de la cour des actes avait été passés : il eût fallu dire qu'ils étaient valables, l'opposition ayant anéanti le premier jugement et le second jugement ayant rendu sa capacité à l'individu qu'on avait pourvu d'un conseil. La cour en a décidé autrement et les a annulés. V. la note de M. Glasson sur cet arrêt, *loc. cit.*

(2) Nîmes, 3 juin 1846, S., 48. 2. 158. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 540. — MM. Dioche (v° *Interdict.*, n. 92) et Carré (quest. 3032) exigent que le membre du conseil de famille ait voté en faveur de l'interdiction.

(3) Demolombe, VIII, n. 542 ; Laurent, V, n. 279.

(4) Cass., 3 fév. 1869, S., 68. 1. 255, D., 68. 1. 390 ; 21 juil. 1868, S., 69. 1. 27,

Certains auteurs en ont conclu, avec raison suivant nous, que si l'interrogatoire avait lieu, il ne serait pas soumis aux mêmes formalités rigoureuses de première instance, et que notamment la présence du ministère public à l'interrogatoire ne serait pas nécessaire (1).

La cour, d'ailleurs, pourra, comme le tribunal de première instance, recourir à une enquête ou à une expertise médicale (2).

D'après la jurisprudence et les auteurs, la demande en interdiction soulevant une question d'état, devait être jugée en audience solennelle (3) : il n'en est plus ainsi depuis le décret du 26 novembre 1899.

863. 3° *Recours en cassation.* — Cette voie de recours ne présente rien de particulier en matière d'interdiction.

864. 4° *Tierce opposition.* — On dit en général que la tierce opposition n'est pas recevable en matière d'interdiction : l'aliéné seul, en effet, est intéressé puisqu'il s'agit de son état et de sa liberté ; c'est donc lui seul qui doit être mis en cause et se défendre : il représente suffisamment les créanciers (4).

Nous pensons que cette théorie doit être admise en principe sauf le cas, très rare évidemment, où la demande d'interdiction serait le résultat d'un concert frauduleux : il n'y a dans ce cas aucune raison juridique pour refuser à ceux qui ont été victimes de la fraude le droit au bénéfice de l'art. 474 C. pr. (5). Mais le mari ou la femme auxquels nous avons

D., 69. 1. 32; 11 mai 1892, S., 92. 1. 140, D., 93. 1. 452; 5 fév. 1895, S., 95. 1. 116, D., 95. 1. 96. — Rouen, 18 janv. 1865, S., 65. 2. 350, D., 65. 2. 226. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 543; Laurent, V, n. 281; Aubry et Rau, I, § 125, p. 797; Huc, III, n. 514; Vigié, I, n. 899.

(1) Proudhon, II, p. 526; Toullier, II, n. 1330; Demolombe, VIII, n. 544; Bertin, I, n. 679; Laurent, V, n. 281. — *Contra* Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Interdict.*, § 2, n. 6; Chauveau sur Carré, quest. 3034.

(2) Rouen, 18 janv. 1865, précité. — Demolombe, VIII, n. 546; Bertin, I, n. 68.

(3) Cass., 17 janv. 1876, S., 76. 1. 302, D., 76. 1. 151. — Bioche, v° *Interdict.*, n. 96; Bertin, I, n. 679; Aubry et Rau, § 125, p. 797; Huc, III, n. 514.

(4) Riom, 9 janv. 1808, S. chr. — Poitiers, 1er fév. 1842, S., 43. 2. 395, D., 42. 1. 749. — Caen, 10 déc. 1857, S., 58. 2. 625, D., 58. 2. 147. — *Sic* Proudhon, II, p. 538; Demolombe, VIII, n. 654; Laurent, V, n. 278.

(5) Cass., 1866, D., 66. 1. 171.

reconnu le droit d'intervention auraient le droit de former tierce opposition au jugement d'interdiction s'ils n'avaient pas été appelés [1].

865. X. Publicité du jugement. — La conséquence de l'interdiction est de frapper l'interdit d'une déchéance, elle lui enlève sa capacité et soumet à une nullité les actes qu'il accomplit postérieurement au jugement. De là des dangers pour les tiers qui ignoreraient la situation et voudraient contracter avec lui. Cette idée a dicté la disposition de l'art. 501 aux termes duquel : *Tout arrêt ou jugement portant interdiction sera à la diligence des demandeurs levé, signifié à partie et inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études de notaire de l'arrondissement* ». La loi parle ici du jugement ou de l'arrêt parce qu'elle envisage l'hypothèse où un appel aurait été interjeté contre un jugement ne prononçant pas l'interdiction et où l'arrêt aurait infirmé le jugement. Le délai de dix jours ne partirait évidemment dans ce cas que du jour de l'arrêt [2].

Le jugement prononçant l'interdiction devra être publié dans les dix jours qui suivront, peu importe qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas appel [3].

Mais si l'arrêt infirme le jugement d'interdiction, faudra-t-il également le publier? Nous serions d'avis de faire disparaître simplement les formalités de publicité qui ont été remplies pour le jugement [4].

866. La publicité consiste d'abord dans l'inscription, du jugement sur les tableaux affichés dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement. La loi du 25 ventôse an XI, art. 18 et le tarif du 16 février 1807,

[1] Poitiers, 1er fév. 1842, *sup. cit.*

[2] Cass., 9 janv. 1822, S. chr. — *Sic* Berlin, I, n. 626.

[3] Toullier, II, n. 1331 ; Duranton, III, n. 738 ; Taulier, II, p. 111 ; Marcadé, II, sur l'art. 501 ; Valette, p. 366 ; Carré et Chauveau, quest. 3033 ; Demolombe, VIII, n. 561 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 273 *bis*, I ; Berlin, I, n. 675 ; Vigié, I, n. 301 ; Laurent, V, n. 285. Nous ne pensons pas que la loi du 16 février 1893 ait modifié cette solution, elle ne vise en effet que la publicité spéciale qu'elle organise au moyen de l'inscription sur un registre du greffe au tribunal. V. *infra*.

[4] Bioche, *v° Interdiction*, n. 107.

art. 92, 175, règlent le fonctionnnement pratique de cet affichage. Un extrait du jugement est remis au secrétaire de la Chambre des notaires qui en donne récépissé, et qui le communique à tous les notaires de l'arrondissement. Le notaire tiendra exposé dans son étude un tableau sur lequel il inscrira les noms, prénoms, qualités et demeures des personnes qui, dans l'étendue du ressort, où il peut exercer, sont interdites, ainsi que la mention des jugements y relatifs. Le notaire requis régulièrement qui refuserait de se prêter à cette publicité serait envers les tiers passible de dommages-intérêts.

En outre, le même tarif de 1807 prescrit une autre publicité, c'est l'insertion par extrait du jugement d'interdiction dans un journal judiciaire. Mais l'omission de cette insertion n'engendre aucune responsabilité, il ne s'agit ici que d'une réglementation d'honoraires.

867. Quelle est la sanction des dispositions édictées par l'art. 501 du Code civil?

Une première opinion soutient que l'interdiction n'est opposable aux tiers qui ont contracté avec l'interdit qu'autant que la publicité prescrite par la loi aura eu lieu. Il n'y aurait sans cela aucune sécurité dans les transactions.

Dans une matière où l'ordre public est intéressé, la nullité est toujours sous-entendue quand les formalités prescrites n'ont pas été observées (1).

Nous croyons plus juridique de décider que l'interdiction est indépendante de la publicité du jugement. Il faut observer, tout d'abord, que la théorie que nous repoussons met l'interdit à la merci de la négligence d'un tiers; or si la loi a songé aux intérêts des tiers, il est certain qu'elle a eu principalement en vue ceux de l'interdit. L'art. 2 dit simplement que l'interdiction aura son effet au jour du jugement; si le législateur avait voulu subordonner l'efficacité de ce jugement à l'accomplissement des formalités de publicité il s'en serait expliqué. Ne l'a-t-il pas fait dans d'autres hypothèses,

(1) Cass., 16 juill. 1810, S. chr. — *Sic* Toullier, II, n. 1324; Malleville, art. 501; Massé et Vergé, I, § 231, n. 19.

par exemple dans celle de l'art. 1445? Les formalités de l'art. 501 sont donc purement réglementaires [1].

Est-ce à dire que les tiers n'auront aucun recours? Ils en auront un d'abord contre les officiers ministériels qui n'auront pas procédé à la publication; l'art. 18 de la loi du 25 ventôse an XI est formel. Ils pourront également réclamer aux demandeurs en interdiction des dommages et intérêts à titre de réparation du préjudice que leur cause l'annulation des actes de l'interdit : ce sont en effet les demandeurs qui sont les premiers chargés par l'art. 501 de procéder à la publication du jugement.

868. Le système de publicité organisé par le code était manifestement insuffisant. Sans compter qu'il était permis aux tiers contractant avec un interdit de ne pas songer à se renseigner auprès des notaires, dont le ministère d'ailleurs n'est exigé par la loi que pour un nombre d'actes très limité; il pouvait arriver également que l'interdit quittât sa résidence originaire, et dans ce cas il était presque impossible aux tiers de connaître exactement sa situation.

La loi du 16 février 1893 est venue compléter l'art. 501 en y ajoutant une disposition ainsi conçue : « *Un extrait sommaire du jugement ou arrêt sera en outre transmis par l'avoué qui l'aura obtenu au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur dans le mois du jour où le défendeur aura acquis l'autorité de la chose jugée. Cet extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne pourra prendre communication et faire délivrer copie. Le greffier, dans un nouveau délai de quinze jours, adressera à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement de la formalité* ».

C'est le premier pas vers l'institution d'un casier civil ana-

[1] Montpellier, 15 juill. 1840, S., 40. 2. 314. — Douai, 22 juin 1854, S., 54. 2. [illegible] — Voir Duranton, III, n. 771 ; Delvincourt, I, p. 227, n. 1 ; Favard de Langlade, v° *Interdict.*, § 3, n. 3 ; Marcadé, sur l'art. 502 ; Bioche, v° *Interdict.*, n. 104 ; Boileux et Lacaine, v° *Interdict.*, n. 61 ; Valette sur Proudhon, II, p. 527 ; Duvergier sur Toullier, I, n. 1331 ; Valette, p. 366 ; Ducaurroy Bonnier et Roustain, I, n. 729 ; Demolombe, VIII, n. 550 ; Aubry et Rau, I, § 125, note 27 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 234, I à III ; Laurent, III, n. 284 ; Villey, *Des actes de l'interdit postérieurs au jugement d'interdiction*, p. 66 s. ; Planiol, I, n. 1612.

logue au casier judiciaire. Un individu se présente pour contracter avec moi : je ne le connais pas et j'ai des doutes. Je lui demande l'indication du lieu de sa naissance. S'il refuse de me le faire connaître, mes soupçons seront confirmés et je m'abstiendrai. S'il me l'indique, je m'adresserai au greffier du tribunal de l'arrondissement et je saurai facilement s'il existe contre lui un jugement d'interdiction ou un jugement portant nomination de conseil.

Il faut observer que la loi de 1893 n'ordonne la publicité de la décision qu'autant qu'elle a acquis l'autorité de la chose jugée. Il n'est donc pas nécessaire d'inscrire un jugement encore susceptible d'appel ou déjà frappé d'appel.

Pour les Français nés à l'étranger ou dans les colonies une disposition spéciale était nécessaire ; pour eux, en effet, il était impossible de s'adresser aux autorités du lieu de naissance. A l'imitation de ce qui se passe pour le casier criminel, on a institué une sorte de casier central au Tribunal de la Seine. Le paragraphe 2 de l'art. 1er de la loi de 1893 porte en effet : « *A l'égard des individus nés à l'étranger, les » décisions seront mentionnées dans les mêmes formes et dé- » lais, sur un registre tenu au greffe du Tribunal de la Seine ; » ce registre mentionnera également les décisions relatives » aux individus nés dans les colonies françaises indépendam- » ment du registre qui sera tenu au greffe de leur lieu d'ori- » gine* ».

869. Quelle est la sanction de l'inobservation des formalités complémentaires édictées par la loi de 1893 ? Consacrant l'interprétation donnée pour l'art. 501 C. civ., la loi s'est contentée, dans le dernier alinéa de l'article 1er, d'édicter une responsabilité pécuniaire à la charge des greffiers et des avoués. Les tiers n'échapperont donc pas davantage à la nullité de l'art. 502. L'intérêt de l'incapable passe avant toute considération.

Un décret du 9 mars 1893 a déterminé le mode de tenue du registre spécial à tenir par les greffiers, le mode d'envoi des extraits et des honoraires dus aux officiers ministériels.

SECTION IV

DES EFFETS DE L'INTERDICTION

870. L'interdit est frappé d'une incapacité générale relativement aux actes civils. Cette incapacité a pour résultat d'entraîner la mise en tutelle de l'interdit et la nullité des actes qu'il passe postérieurement à l'interdiction.

§ I. *De la tutelle des interdits.*

871. Il résulte des art. 505 et 509 C. civ. que les règles de la tutelle des mineurs sont applicables dans leur généralité à la tutelle des interdits : il y a cependant des réserves à faire : l'assimilation entre les deux tutelles n'est pas complète : il y a entre elles des différences que nous allons examiner :

N° 1. Organisation de la tutelle.

872. On sait que la tutelle des mineurs peut être testamentaire, légitime ou dative : celle des interdits est toujours *dative*, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Comme on l'a fait observer avec raison, cela tient à ce que la tutelle des mineurs est un fait normal, tandis que « l'interdiction est un fait exceptionnel et extraordinaire qui n'était pas susceptible d'une règle *à priori* » (1).

C'est donc le conseil de famille qui désignera le tuteur et il sera composé suivant les règles ordinaires tracées par les art. 405 et s. du code civil (arg. art. 494 C. civ. et 892 C. pr.).

873. Le demandeur à l'interdiction qui ne peut être membre du conseil de famille appelé à se prononcer sur l'état de la personne à interdire, peut-il faire partie du conseil de famille chargé de choisir le tuteur de l'interdit? L'affirmative est généralement enseignée. L'art. 495, peut-on dire, édicte une sorte de déchéance : il ne saurait donc recevoir une interprétation extensive. Il est d'ailleurs tout naturel d'exclure

(1) Demolombe, VIII, n. 560.

le demandeur à l'interdiction du conseil de famille auquel l'art. 495 fait allusion ; il serait juge et partie [1].

874. Une autre question est plus délicate : celle de savoir si la femme de l'interdit doit être appelée au conseil qui nomme un tuteur à son mari interdit. La raison de douter vient de ce que la femme, aux termes de l'art. 495 C. civ., peut siéger au conseil de famille appelé à se prononcer sur l'état de son mari. D'autre part la loi l'autorise à être nommée tutrice (art. 507) et on en conclut qu'il est impossible de l'exclure d'une délibération qui l'intéresse à un si haut degré. Nous ne pouvons admettre cette manière de voir : l'art. 495 est un texte exceptionnel : il constitue une faveur toute particulière pour la femme, faveur qui se justifie par cette idée qu'elle est la mieux placée pour donner des renseignements sur son mari : il ne doit donc pas être étendu. Quant à l'art. 507 il ne prouve qu'une chose c'est que la femme peut être nommée tutrice de son mari ; vouloir en tirer une autre conclusion serait dire que tous ceux qui sont susceptibles d'être désignés comme tuteurs de l'interdit devraient faire partie d'un conseil de famille !

Que reste-t-il ? Les principes : ces principes sont d'abord que les règles de la tutelle des mineurs s'appliquent, sauf exception, à celle des interdits, ensuite que l'art. 442 exclut les femmes de la tutelle et du conseil de famille : la loi a dérogé ici aux principes pour l'exclusion de la tutelle (art. 507), c'est donc qu'elle a voulu les maintenir pour le conseil de famille [2].

Sans doute il sera conforme aux convenances, et il sera même utile d'appeler la femme à la délibération ; mais ce n'est pas une prescription obligatoire de la loi et nous critiquons pour ce motif les arrêts qui ont admis la femme à se pourvoir contre une délibération à laquelle elle n'aurait

(1) Duranton, III, n. 756 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 720 ; Demolombe, VIII, n. 574 ; Zachariæ, I, § 126, texte et note 7 ; Laurent, V, n. 289 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 803 ; Planiol, I, n. 2657.

(2) Paris, 24 fév. 1853, S., 53. 2. 453, D., 53. 2. 187. — Montpellier, 29 juill. 1863, S., 63. 2. 367. — *Sic* Laurent, V, n. 289 ; Bertin, I, n. 683 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 803. — *Contrà* Demante et Colmet de Santerre, II, n. 279 *bis*.

pas été appelée, ou qui ont posé en principe que la femme devait faire partie du conseil de famille [1]. Sans doute les intérêts de la femme pourront se trouver compromis, et il serait souhaitable que la loi intervînt pour donner ce droit à la femme : mais la loi est ou n'est pas, et il nous semble que dans l'espèce elle n'est pas ambiguë.

875. Le principe que la tutelle de l'interdit est dative ne comporte que deux exceptions.

La première, bien que non prévue par la loi, se justifie cependant aisément. Il s'agit du cas où un mineur serait l'objet d'une mesure d'interdiction. Dans cette hypothèse tant que la minorité durera, s'il y a déjà une tutelle légitime, il n'y a aucune raison de destituer ce tuteur pour en nommer un autre : la loi d'ailleurs n'a prévu que le cas où il s'agirait d'un majeur. Mais quand il parviendra à sa majorité, on retombe dans le droit commun, et ce sera au conseil de famille à désigner un tuteur [2].

876. La seconde exception est formellement édictée par l'art. 506 C. civ. : « *Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite* ». Il s'agit ici d'une tutelle légitime. Cette disposition ne pouvant avoir d'autre fondement rationnel que l'affection présumée du mari pour sa femme, on admet généralement en doctrine et en jurisprudence qu'elle cesserait de recevoir son application entre époux séparés de corps, que la séparation de corps ait été prononcée pour ou contre la femme. Autrement on s'exposerait à donner pour protecteur à la femme son plus cruel ennemi [3].

877. S'il n'y avait pas d'autre qualité à rechercher dans un tuteur que son affection pour la personne en tutelle, la femme

[1] Rennes, 27 décembre 1830, P. chr. — Trib. Seine, 14 décembre 1853, D., 53. 2. 167.

[2] Lacaze, III, p. 472 ; Demolombe, VIII, n. 561 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 235, p. 468, note 6 ; Proudhon, II, p. 546 ; Bertin, I, n. 684. — *Contrà* Valette, p. 372.

[3] Caen, 25 nov. 1857, S., 58. 1. 289, D., 58. 1. 299. — Dijon, 18 mars 1857, S., 57. 2. 328, D., 58. 1. 299. — Nancy, 15 mai 1868, S., 69. 2. 149, D., 69. 2. 224. — Poitiers, 22 avril 1869, S., 69. 2. 181, D., 74. 5. 296. — *Sic* Massé et Vergé sur Zachariæ, § 235, note 5, p. 368 ; Valette, p. 374 ; Bertin, I, n. 782 ; Laurent, V, n. 288 ; Planiol, I, n. 2909.

aurait dû elle aussi être déclarée de droit tutrice de son mari interdit. Mais il fallait compter avec l'inexpérience ordinaire des femmes en matière d'affaires. On ne peut se dissimuler d'ailleurs, que la délation à la femme de la tutelle de son mari interdit opère une interversion des rôles qui peut conduire à des résultats singuliers. Aussi la loi dit-elle seulement que : « *La femme pourra être nommée tutrice de son mari* ». Art. 507. Il y a ici une exception au droit commun : d'après l'art. 442, en effet, les femmes ne peuvent en principe être tutrices. Mais il ne s'agit pas ici d'une tutelle légale ; il faut que le conseil de famille la désigne. D'autre part, la femme pourra refuser la tutelle qui lui est ainsi déférée (1).

878. A quel moment le tuteur pourra-t-il être désigné? L'organisation de la tutelle est un acte d'exécution du jugement d'interdiction. Il s'ensuit que les règles ordinaires de la procédure, relatives à l'exécution des jugements, doivent être observées. Il en résulte :

1° Que la nomination du tuteur et également du subrogé tuteur ne peut avoir lieu qu'après la signification du jugement ou de l'arrêt qui prononce l'interdiction *Idem est non esse et non significari* (2);

2° Que si cette double nomination est faite en exécution d'une sentence d'interdiction rendue par un tribunal de première instance, il ne pourra y être procédé qu'après l'expiration d'un délai de huitaine depuis le prononcé du jugement. Art. 449 C. pr. (3);

3° Qu'il faut surseoir à la nomination du tuteur, si, avant qu'elle ait eu lieu, il a été interjeté appel du jugement prononçant l'interdiction ; car l'appel interjeté est suspensif de

(1) Montpellier, 8 juin 1870, S., 70. 2. 213. D., 70. 2. 230. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 267 et 271.

(2) Cass., 18 oct. 1807, P. chr. — *Sic* Toullier, n. 1335 ; Duranton, n. 749 ; Proudhon, II, p. 332 ; Merlin, *Rép.*, v° *Interdict.*, § 5, n. 3 ; Massé et Verge sur Zachariæ, I, § 230, note 2 ; Valette, p. 374 ; Demolombe, VIII, n. 555 ; Laurent, V, n. 290 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 802 ; Huc, III, n. 123.

(3) Delvincourt, I, p. 131 ; Proudhon, p. 544 ; Duranton, III, n. 749 ; Mourlon, I, n. 1298 ; Marcadé, sur l'art. 505 ; Laurent, V, n. 290 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 802 ; Demolombe, VIII, n. 454 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 277 *bis*, I ; Huc, III, n. 523.

l'exécution de la décision dont est appel. C. civ. art. 505. C. pr. art. 957 et 495 [1].

N° 2. Pouvoirs du tuteur.

879. De même que pour l'organisation de la tutelle, le principe est que les pouvoirs du tuteur de l'interdit sont les mêmes que ceux du tuteur d'un mineur. Il y a cependant quelques différences, et d'autre part, lorsque l'interdit est marié, il y a là une situation spéciale tenant à ce qu'il s'agit de concilier la tutelle avec les droits de la puissance maritale ou avec l'incapacité dont la femme mariée est frappée. Nous allons examiner ces diverses questions.

880. I. **Pouvoirs généraux du tuteur.** — De même que le tuteur du mineur, celui de l'interdit a une double mission à remplir : veiller sur la personne de l'interdit et administrer son patrimoine. D'une façon générale, il remplira cette mission suivant les règles de la tutelle : il devra notamment remplir les mêmes formalités spéciales qui sont exigées pour certains actes. Voici maintenant les différences entre les deux tutelles.

881. 1° La loi veut qu'il soit réalisé autant que possible des économies sur les revenus du mineur afin d'augmenter son capital. Au contraire, « *Les revenus d'un interdit doivent être* » *essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa* » *guérison* » (art. 510). Certains pensent même que les capitaux pourraient être employés dans ce but si les revenus étaient insuffisants [2]. Nous sommes tout à fait de cet avis : ce qui importe avant tout, c'est la guérison de l'interdit : ses héritiers auxquels on conserverait ses biens, sont bien moins intéressants.

882. 2° D'après le second alinéa de l'art. 510 : « *Selon les* » *caractères de sa maladie et l'état de sa fortune le conseil de* » *famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile ou* » *qu'il sera placé dans une maison de santé et même dans un* » *hospice* ». Faut-il appliquer cet article au cas où l'interdit est marié ? Il faut, croyons-nous, faire une distinction.

[1] Chauveau et Carré, n. 3653. L'exception à ce principe, signalée plus haut n. 877, ne concerne que les actes de l'interdit. — V. *infrà*, n. 872.

[2] Taulier, II, p. 122 ; Demolombe, VIII, n. 581.

A. *Si c'est la femme qui est interdite,* le mari, son tuteur de droit, conserve la puissance maritale et tous les droits qui en découlent; le conseil de famille ne peut toucher à cette puissance maritale et il ne lui appartient pas de fixer la résidence de la femme interdite [1]. Nous croyons que cette solution devrait être admise même au cas où le mari ne serait pas tuteur de sa femme; cependant Demolombe pense que dans ce cas, comme le tuteur est aussi chargé de veiller au soin de la personne de la femme, le conseil de famille pourra intervenir entre lui et le mari pour fixer le lieu de résidence de la femme [2].

B. *Si le mari est interdit* et que la femme ait été désignée comme tutrice par le conseil de famille, comme elle ne puise son autorité que dans la tutelle, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer l'art. 510.

883. 3° En règle générale, les représentants d'un incapable ne peuvent en son nom faire une libéralité : la loi, dans l'art. 511, accorde au tuteur le droit d'aliéner à titre gratuit conformément à l'avis du conseil de famille. Voici comment :

Il ne peut être question du mariage de l'enfant d'un mineur. Au contraire, il peut y avoir lieu de se préoccuper du mariage de l'enfant d'un interdit. L'art. 511 dit à ce sujet : « *Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi* ».

Le conseil de famille peut donc, faisant ce que le père ferait probablement lui-même s'il était *compos mentis,* constituer une dot *paterno nomine* à l'enfant qui veut se marier. La loi désigne cette dot sous le nom d'*avancement d'hoirie*. Hoirie vient de *heres* et est synonyme d'*hérédité*. Un don fait en *avancement d'hoirie* est un don fait à titre d'avance sur

(1) Duranton, III, n. 762 ; Massé et Vergé, I, p. 470 ; Laurent, V, n. 300 ; Demolombe, VIII, n. 549 *bis*, 592 et 619. — *Contra* Aubry et Rau, I, § 126, p. 805, texte et note 13.

(2) Duranton, III, n. 762 ; Massé et Vergé, I, p. 470, n. 12 ; Laurent, V, n. 300 ; Demolombe, VIII, n. 592 et 593. — *Contra* Chardon, *Puissance tutélaire*, n. 219 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 805.

la succession future du donateur, et par conséquent au profit d'un de ses héritiers présomptifs, *juris hereditarii prærogatio.* L'expression *avancement d'hoirie* est très courante dans le langage de la doctrine. Le code civil ne l'emploie nulle part ailleurs que dans notre article.

Eh bien! donc la loi veut dire que la donation faite par le conseil de famille à l'enfant *dotis causa,* aura lieu à titre d'avance sur la succession future de l'interdit : ce qui entraîne pour l'enfant ainsi doté l'obligation, s'il vient plus tard à la succession de son père en concurrence avec ses frères ou sœurs, de précompter cette dot sur la part qui lui revient, ou plus exactement, comme le dit la loi, de la rapporter à la succession (art. 843), de manière qu'en fin de compte il ne reçoive pas plus que ses cohéritiers. Le conseil de famille ne peut constituer la dot qu'à titre d'avancement d'hoirie ; il n'aurait pas le droit de la constituer *par préciput et hors part,* c'est-à-dire avec dispense du rapport. Le droit que la loi confère ici au conseil de famille est un droit exceptionnel et ce droit ne peut être exercé que dans les termes où il lui est accordé.

Notre article dit que le conseil de famille règlera aussi les autres conventions matrimoniales de l'enfant de l'interdit. S'il fallait entendre cette disposition en ce sens que l'enfant restera étranger à ce règlement, elle serait en contradiction avec plusieurs textes, desquels il résulte que les futurs époux, qu'ils soient majeurs ou mineurs, procèdent eux-mêmes, dans leur contrat de mariage, au règlement de leurs conventions matrimoniales, sauf à se faire assister, s'ils sont mineurs, par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage (art. 1095, 1309 et 1398). La loi veut dire seulement que le conseil de famille peut subordonner la constitution de dot, qu'il fait à l'enfant, à l'adoption de telle ou telle convention matrimoniale du régime dotal par exemple, s'il s'agit d'une fille ; de sorte que la constitution de dot serait non avenue, si cette convention matrimoniale n'était pas acceptée par l'enfant (1).

(1) Marcadé sur l'art. 511 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 283 *bis,* III ;

884. L'art. 511 ne parle que du cas où l'enfant d'un interdit veut s'établir *par mariage*. Le conseil de famille pourrait-il faire une donation en avancement d'hoirie à l'enfant qui voudrait s'établir autrement que par mariage, comme notaire par exemple ou comme avoué? L'affirmative triomphe en jurisprudence et en doctrine (1). Il y a, dit-on, même motif, quel que soit l'établissement aux nécessités duquel il s'agit de pourvoir. Et cependant un doute sérieux résulte de la nature exceptionnelle de la disposition qui nous occupe. L'art. 511 déroge au droit commun, d'après lequel le propriétaire peut seul disposer de ses biens à titre gratuit, et il est de principe que les dispositions de ce genre doivent être sévèrement restreintes dans les termes de la loi; l'analogie ne suffit pas pour les étendre d'un cas à un autre (2).

885. On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par cette expression : *enfants de l'interdit?* Doit-on la restreindre aux enfants proprement dits, c'est-à-dire à la descendance au premier degré et exclure par cela même les petits-enfants, en supposant leur père et leur mère prédécédés? On l'a prétendu (3), mais à tort, croyons-nous : le but de la loi est de faciliter l'établissement des enfants; c'est l'exécution d'une obligation morale, or cette obligation morale existe non seulement à l'égard des enfants mais encore des petits-enfants. D'ailleurs il est prouvé que le législateur, d'une façon générale, donne au mot enfants un sens très large, par exemple dans l'art. 913 (4).

Laurent, V, n. 298 ; Demolombe, VIII, n. 590 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 805 ; Huc, III, n. 526 ; Planiol, I, n. 2664.

(1) Amiens, 6 août 1884, P. chr. — Bordeaux, 6 juin 1842, S., 42. 2. 485. — *Sic* Zachariæ, I, § 316 ; Marcadé sur l'art. 511 ; Valette sur Proudhon, I, p. 552 ; Duvergier sur Toullier, II, n. 1342, note *a* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 235, note 14 ; Valette, p. 363 ; Demolombe, VIII, n. 588 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 383 *bis*, I ; Bertin, I, n. 699 ; Vigié, I, n. 904 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 806 ; Planiol, I, n. 2665.

(2) Laurent, V, n. 299 ; Magnin, I, n. 889, note ; Chardon, *Puissance tutélaire*, n. 257 ; Huc, III, n. 526.

(3) Duranton, III, n. 766.

(4) Taulier, II, p. 12 s. ; Zachariæ, I, p. 258 ; Bertin, I, n. 701 ; Valette, p. 762 ; Demolombe, VIII, n. 586 ; Aubry et Rau, I, § 126, p. 806 ; Huc, III, n. 526 ; Planiol, I, n. 2665.

Pour les mêmes motifs nous pensons que l'art. 511 doit être appliqué à l'enfant naturel de l'interdit [1].

886. A part les différences qui viennent d'être signalées, la tutelle des interdits est régie par les mêmes règles que celle des mineurs. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 509, qui ne signifie nullement que la capacité de l'interdit soit la même que celle du mineur : « *L'interdit est assimilé » au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la » tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits* ». Ainsi la tutelle des interdits est une charge obligatoire comme la tutelle des mineurs ; les deux tutelles sont régies par les mêmes règles en ce qui concerne les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution ; dans l'une et dans l'autre les pouvoirs du tuteur sont les mêmes. La loi du 27 février 1880 est demeurée fidèle à ce principe, les restrictions qu'elle apporte aux pouvoirs du tuteur s'appliquent aux tuteurs des interdits comme à ceux du mineur. A la fin de la tutelle, le tuteur devra rendre compte à l'interdit ou à ses héritiers. Ses biens sont grevés d'une hypothèque légale. Art. 2121 C. civ.

Le tuteur a-t-il plein pouvoir pour exercer les actions relatives aux intérêts moraux de l'interdit? La question se pose principalement en ce qui concerne l'action en divorce, l'action en séparation de corps, l'action en nullité de mariage et l'action en désaveu. Au sujet de l'action en divorce et de l'action en séparation de corps, nous nous sommes déjà expliqués : le tuteur d'un interdit ne peut pas, au nom de celui-ci, intenter l'action en divorce, et quant à l'action en séparation de corps, il ne peut l'intenter *qu'avec l'autorisation du conseil de famille* (art. 307 *in fine* remanié par la loi du 18 avril 1886) [2]. Il nous paraît difficile, au moins depuis l'apparition de la loi précitée, de ne pas imposer la même condition au tuteur qui veut intenter au nom de l'interdit

[1] Demolombe, VIII, n. 587 ; Huc, III, n. 526.

[2] L'art. 52 de la proposition de loi sur le régime des aliénés, votée par la Chambre des Députés le 22 janvier 1907, donne au tuteur de l'aliéné interdit le droit d'intenter au nom de l'aliéné une action en divorce, en séparation de corps ou de biens, mais en vertu d'un mandat exprès du conseil de famille ou à son défaut du tribunal.

une action en désaveu et surtout une action en nullité de son mariage. La jurisprudence est en sens contraire. Un arrêt de la cour de cassation du 26 février 1890 (S., 90. 1. 216, D., 90. 1. 290) reconnaît au tuteur qualité pour intenter, sans l'autorisation du conseil de famille, l'action en nullité du mariage contracté par l'interdit avant l'interdiction. La cour augmente le principe d'omnipotence du tuteur, applicable en vertu de l'art. 509 à la tutelle des interdits comme à celle des mineurs [1].

887. Pouvoirs du tuteur lorsque l'interdit est marié [2]. — Quatre situations différentes peuvent se présenter :

1° Le mari est tuteur de sa femme interdite ;

2° La femme est tutrice de son mari interdit ;

3° Un tiers est tuteur du mari interdit ;

4° Un tiers est tuteur de la femme interdite.

888. 1° *Le mari est tuteur de sa femme interdite.* — L'interdiction ne dissout pas le mariage : par conséquent la puissance maritale subsiste et à cette puissance vient s'ajouter la puissance tutélaire : en réalité, le plus souvent c'est la première qui absorbera la seconde. Cependant il y aura des cas où le mari agira tantôt comme mari tantôt comme tuteur : s'il agit comme tuteur il lui faudra appliquer les règles de la tutelle. Ainsi sous le régime de communauté le mari continuera à administrer les biens de la communauté et ceux de sa femme comme si celle-ci n'était pas interdite ; naturellement le subrogé tuteur aura le droit de demander la séparation de biens (art. 1443 C. civ.) [3] et même la séparation de corps (l. du 18 avril 1886, art. 307 C. civ. *in fine*). Mais si la femme s'était réservé l'administration de certains biens, le mari va prendre cette administration en qualité de tuteur et à ce titre il sera obligé de procéder à la confection d'un inventaire [4].

889. 2° *La femme est tutrice de son mari.* — A. Il faut observer tout d'abord qu'aux termes de l'art. 507, le conseil

(1) Sur le principe de l'omnipotence du tuteur, voy. *suprà*, n. 509.

(2) V. également notre *Tr. des personnes*, II, n. 2286.

(3) Demolombe, VIII, n. 596 ; Bertin, I, n. 694 ; Laurent, I, n. 340.

(4) Marcadé sur l'art. 507 ; Toullier, n. 1351 ; Demolombe, VIII, n. 597.

de famille réglera la forme et les conditions de son administration sauf le recours de la femme devant les tribunaux si elle était lésée par cet arrêté de la famille. Que signifie cette disposition? On a vu que la femme n'est pas de droit tutrice de son mari interdit : mais le conseil de famille peut lui déférer la tutelle : il aura dans ce cas le droit d'en régler les conditions. Ainsi le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs qui, d'après le droit commun, devraient appartenir à la femme tutrice, décider par exemple qu'elle ne pourra affermer les biens du mari que pour trois ans, ou qu'elle ne pourra accomplir certains actes qu'avec l'assistance du subrogé tuteur. Rien ne paraîtrait s'opposer non plus, en théorie, à ce que le conseil de famille élargit au profit de la femme les pouvoirs que le droit commun accorde au tuteur; mais en pratique il n'usera guère de ce droit (1).

En réglant les formes et les conditions de l'administration, il est possible que le conseil de famille porte atteinte aux droits qui résultent pour la femme de ses conventions matrimoniales. La femme serait alors fondée à recourir devant les tribunaux contre l'arrêté de la famille.

890. B. Il faut en outre envisager la situation de la femme quant à l'exercice des droits qui lui appartiennent personnellement et quant à l'exercice de ceux qui appartiennent à son mari

Relativement à l'exercice des droits qui lui appartiennent, la femme tutrice de son mari interdit n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée; tout ce qu'il y a de changé dans sa situation, c'est qu'elle devra désormais demander à la justice l'autorisation que son mari est devenu incapable de lui donner (art. **222**). En ce qui concerne l'exercice des droits qui appartiennent à son mari interdit, la femme tutrice a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire. Elle exercera donc tous les droits de son mari; mais elle les exercera en qualité de tutrice, et sauf par consé-

(1) Poitiers, 11 juin 1856, S., 57, 2, 16, D., 57, 2, 61. — Bordeaux, 30 janv. 1890, D., 91, 2, 236. — Sic Loire, III, p. 479 et 488; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 252 bis, II. — *Contrà* Laurent, V, n. 291; Vigié, I, n. 903. — V. aussi Demolombe, VIII, n. 599; Huc, III, p. 540.

quent à remplir les formalités prescrites au tuteur, quand la nature de l'acte l'exigera [1]. Par application de ces principes, la femme administrera *tutorio nomine* les biens personnels de son mari et en outre ceux de la communauté (art. 1421) ; mais elle ne pourra aliéner les immeubles de la communauté qu'en remplissant les formalités prescrites par les art. 457 s. Le droit d'administration qui pouvait appartenir au mari sur les biens personnels de la femme, passera également à celle-ci au même titre ; de sorte que la femme administrera ses biens personnels en qualité de tutrice de son mari. Situation assez singulière ! — Pour tous les actes qu'elle accomplira en qualité de tutrice, la femme n'aura pas besoin d'être autorisée comme femme mariée. Il pourra donc arriver qu'elle accomplisse valablement sans autorisation, au nom de son mari et en qualité de tutrice de celui-ci, des actes qu'elle ne pourrait pas accomplir pour son propre compte sans cette formalité, par exemple ester en justice en matière mobilière. Mais cela ne doit pas nous surprendre ; la tutelle est en effet un mandat, et les règles du mandat ne s'opposent pas à ce que le mandataire puisse accomplir pour le mandant un acte qu'il est incapable d'accomplir pour son propre compte ; car le mandataire n'est que le représentant du mandant, qui est censé avoir agi par son entremise. *Qui mandat fecisse videtur.* Cpr. art. 1990.

891. 3° *La tutelle d'un mari interdit est confiée à un tiers.* — Le tuteur exercera tous les droits du mari tant sur ses biens personnels que sur les biens de la communauté et même sur ceux de la femme dont le mari avait la jouissance et l'administration [2], mais il n'exercera pas les droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme car l'exercice de cette puissance est intransmissible. La femme devra donc demander à la justice et non au tuteur l'autorisa-

(1) Poitiers, 17 juin 1846, précité. — Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 133, note 10 ; Demolombe, VIII, n. 603 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 279 *bis*, IV ; Laurent, V, n. 302 ; Aubry et Rau, I, § 125, p. 804 ; Baudant, III, n. 974, p. 600.

(2) Orléans, 9 août 1817, S. chr. — Rennes, 3 fév. 1849, S. chr. — Magnin, I, n. 873 ; Toullier, II, n. 1344, et 1348 ; Marcadé sur l'art. 507, n. 1 ; Demolombe, VIII, n. 613 ; Aubry et Rau, I, § 116, p. 804.

tion qui lui est nécessaire pour accomplir les divers actes civils (art. 222 C. civ.).

La femme conservera en même temps la direction du ménage en vertu de l'autorisation tacite que le mari lui a donnée [1].

De même la puissance paternelle sera exercée par la mère en qualité de mère et non par le tuteur auquel la loi ne confie que la personne et les biens de l'interdit [2].

892. 4° *La tutelle de la femme interdite est confiée à un tiers.* — Les pouvoirs du mari ne subissent aucune atteinte de la présence du tuteur ; celui-ci ne prendra que l'administration des biens que la femme s'est réservée [3].

§ II. *Effets de l'interdiction sur les actes passés par l'interdit.*

893. L'interdiction peut exercer son influence, non seulement sur le sort des actes qui seront accomplis par l'interdit postérieurement à l'interdiction, mais aussi sur celui des actes passés auparavant. En d'autres termes, les effets de l'interdiction peuvent se produire non seulement dans l'avenir mais aussi dans le passé.

N° 1. Actes passés postérieurement à l'interdiction et avant qu'elle ait été levée.

894. Aux termes de l'article 502 : « *L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit ou sans l'autorisation du conseil seront nuls de droit* ».

895. I. **Moment auquel se produisent les effets de l'interdiction.** — L'art. 502 répond « *du jour du jugement* ». Ce sera vrai quand le jugement qui prononce l'interdiction aura acquis l'activité définitive de la chose jugée pour n'avoir pas été frappé d'appel dans les délais voulus, et aussi lorsque

[1] Demolombe, VIII, n. 617.

[2] Orléans, 9 août 1817, S. chr. — *Sic* Magnin, I, n. 439 ; Marcadé sur l'art. 507 ; Demolombe, VIII, n. 616 ; Laurent, V, n. 303. — V. *suprà*, n. 223.

[3] Cass., 12 déc. 1861, S., 61, 1, 514. — *Sic* Laurent, V, n. 301.

sur l'appel ce jugement aura été confirmée par la cour [1]. Mais si la demande en interdiction ayant été rejetée par le tribunal de première instance, l'interdiction n'a été prononcée que sur l'appel, ses effets ne dateront que du jour de l'arrêt, il faut donc lire : « du jour du jugement ou de l'arrêt » [2]. Inutile d'ajouter que si le jugement du tribunal avait admis l'interdiction et que ce jugement fût infirmé sur appel, les actes passés dans l'intervalle seraient pleinement valables [3].

Une dernière situation plus délicate doit être prévue : celle où le jugement de première instance ayant prononcé l'interdiction, appel aurait été interjeté par l'interdit qui serait mort pendant l'instance d'appel. Il faut observer que cette situation présente un intérêt tout particulier parce que la mort de l'interdit éteint l'instance définitivement, en ce sens qu'il ne peut y avoir de reprise d'instance par les héritiers, comme dans les procès ordinaires : l'impossibilité de procéder à l'interrogatoire (formalité substantielle) rend cette reprise désormais impossible. Tout dépend de l'autorité qu'il faut reconnaître au jugement de première instance. Si l'on décide que cette autorité subsiste après l'appel, l'interdit meurt incapable. Si au contraire on décide qu'elle a disparu, il ne peut plus être question d'interdiction : l'individu n'a jamais été interdit ; il est resté capable. Nous croyons que c'est cette solution qui doit prévaloir : l'appel anéantit l'autorité de la chose jugée : le fond du procès est remis entièrement en question : l'individu est donc mort en état de capacité. Demo-

(1) Bruxelles, 29 nov. 1900, S., 1902. 3. 17 (note de M. Lacoste). — *Sic* Demolombe, VIII, n. 550 et 630 ; Demante, II, n. 274 *bis*, II ; Aubry et Rau, I, p. 750, texte et note 25 ; Laurent, V, n. 312 ; Huc, III, n. 516. — *Contra* Bertauld, *Quest. prat. et doctrin. du C. Nap.*, I, n. 205 à 213.

(2) Duranton, III, n. 770 ; Proudhon, II, p. 325 ; Delvincourt, I, p. 132, *note* 8 ; Marcadé sur l'art. 502 ; Mourlon, I, n. 1293 ; Demolombe, VIII, n. 630 ; Laurent, V, n. 306 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 244 *bis*, II ; Villey, p. 61 ; Huc, III, n. 516 ; Vigié, I, n. 902.

(3) C'est en ce sens seulement qu'on peut dire que l'appel n'est pas suspensif. — V. *suprà*, n. 839 ; en d'autres termes, l'appel ne suspend pas l'incapacité de l'interdit, elle existe dès le jugement de première instance, malgré l'appel, mais sous la condition que la cour confirmera. A tout autre point de vue, il faut revenir au principe de l'effet suspensif de l'appel. — V. *suprà*, n. 853.

lombe, *Contrats*, VII, n. 288; Aubry et Rau, VIII, § 769, III; Lacoste, *Chose jugée*, n. 16 et 22, et *Note* sous Cass. belg., 29 nov. 1900, S., 1902. 4. 17.

C'est au jour de la décision et non au jour de la demande que ces effets se produisent : le jugement d'interdiction créant un état nouveau, n'est pas un jugement déclaratif et par conséquent il ne peut pas rétroagir (V. *suprà*, n. 859 s., ce qui a été dit pour l'opposition).

896. II. Caractère de la nullité. — A prendre dans leur sens général les termes de la loi : « nuls de droit » il semblerait que les actes passés par l'interdit n'eussent aucune existence juridique, fussent nuls d'une nullité radicale. Mais l'art. 502 se complète par deux autres dispositions : l'art. 1125, aux termes duquel l'interdit peut seul attaquer les actes qu'il a passés contrairement à la loi, et l'art. 1304, qui ajoute que l'action en nullité ne dure que dix ans à dater du jour où l'interdiction a été levée. Le caractère de la nullité résulte donc clairement de ces deux dispositions : les actes passés par l'interdit sont simplement annulables, nuls d'une nullité relative.

897. Il ne faudrait pas en conclure que le législateur a fait une confusion et que les expressions qu'il a employées sont dénuées de sens. Bien au contraire, elles ont une signification et une portée considérables. Elles signifient que le juge, quand il sera saisi d'une demande en nullité relativement à un acte passé par l'interdit, doit le déclarer nul, sans autre examen, dès qu'il est constant en fait que cet acte ait été accompli depuis la prononciation de l'interdiction et avant qu'elle ait été levée. En d'autres termes, l'office du juge se réduit ici à l'examen d'une simple question de date. L'acte a-t-il été accompli pendant la période où son auteur était sous le coup de la sentence d'interdiction? La nullité est de droit : le juge doit la prononcer sans même examiner *le mérite de l'acte* (1).

Par conséquent, le juge n'aurait pas à tenir compte de

(1) Laurent, V, n. 395-397; Demolombe, VIII, n. 626-628; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 254; Villey, p. 76 s.; Aubry et Rau, I, § 127, p. 807; Huc, III, n. 347; Vigié, I, n. 222; Baudant, III, n. 675; Planiol, I, n. 2640.

l'offre faite par le défendeur à l'action en nullité, de prouver soit que l'acte a été accompli pendant un intervalle lucide, soit qu'il n'est pas lésif pour l'interdit.

898. 1° Nous disons d'abord que la nullité atteint même les actes qui, en fait, auraient été passés par l'interdit pendant un intervalle lucide. La loi présume que l'interdit est dans un état d'aliénation mentale continu : c'est sur le fondement de cette présomption qu'elle déclare les actes passés par lui nuls de droit : or cette présomption n'est pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire : car aux termes de l'art. 1352-2° : « Nulle preuve n'est admise contre la » présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette » présomption, *elle annule certains actes* » (1).

899. 2° Nous avons ajouté que la nullité édictée par l'art. 502 est indépendante de toute lésion subie par l'interdit. Il en est autrement de l'action en nullité accordée au mineur contre les actes qu'il a passés sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur : le succès de cette action est subordonné à l'existence d'une lésion subie par le mineur (art. 1305). Cette différence s'explique facilement. L'action en nullité accordée au mineur est fondée sur l'inexpérience de son âge ; mais les mineurs ne sont pas des insensés ; les actes qu'ils accomplissent peuvent être raisonnables ; pourquoi donc les annuler, s'ils ne leur causent pas de préjudice ? Au contraire, l'action en nullité accordée à l'interdit est fondée sur son insanité d'esprit, qui, en fait, peut présenter des rémittences, mais que la loi présume continue. L'interdiction supprime, en droit, les intervalles lucides. D'après la présomption légale, l'acte accompli par un interdit sera donc toujours l'acte d'un fou ; qu'importe, à ce point de vue, que l'acte soit ou non lésif (2) ?

900. Cette théorie d'une nullité relative des actes de l'interdit n'est pas cependant admise par tous les auteurs ; il a été soutenu que, si l'on arguait que l'individu n'avait pas sa

(1) Laurent, V, n. 304 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 274 bis, I. Villey, p. 101 ; Aubry et Rau, I, § 127, p. 807 ; Vigié, I, n. 906 ; Planiol, I, n. 2640.

(2) Demolombe, VIII, n. 627 ; Laurent, V, n. 304 ; Villey, p. 100 ; Huc, III, n. 517 ; Vigié, I, n. 906 ; Planiol, I, n. 2639.

raison au moment précis de la passation de l'acte, cet acte serait nul d'une nullité radicale, inexistant, et dès lors à quelque époque que l'on demandât aux tribunaux de reconnaître la nullité, cette nullité devrait être proclamée ; au contraire, comme on le sait, l'action en nullité de l'art. 502 se prescrit par dix ans à dater de la main-levée de l'interdiction [1].

Cette théorie n'est pas admissible : elle se heurte d'abord à la généralité de l'article 502. D'autre part le but de la loi a été précisément d'écarter en notre matière les règles du droit commun (art. 1108 C. civ.) et d'épargner la preuve toujours difficile de la démence au moment de l'acte ; au moyen de la présomption qu'elle a établie elle a voulu prévenir toutes les contestations que pouvait soulever cette question [2].

901. Les actes passés par un interdit n'étant pas inexistants mais seulement annulables, il en résulte :

1° Que l'interdit seul ou ses représentants, notamment son tuteur pendant sa vie, et son héritier après sa mort, peuvent se prévaloir de la nullité (arg. art. 1125). Le même droit n'appartient pas à ceux qui ont traité avec l'interdit car la nullité n'a pas été introduite en leur faveur.

Nous croyons qu'il n'est pas possible de mettre en doute le droit des créanciers d'exercer l'action en nullité conformément aux dispositions de l'art. 1166. Cet article permet aux créanciers d'exercer tous les droits de leur débiteur, sauf ceux qui sont spécialement attachés à la personne : l'action en nullité intéresse avant tout le patrimoine, elle a un fondement purement pécuniaire.

2° Que la nullité peut être couverte par une confirmation ou une ratification émanée soit de l'incapable quand il aura recouvré sa capacité, soit de ses représentants (art. 1338 C. civ.).

3° Que l'action en nullité se prescrit par dix ans conformément à l'art. 1304. Le point de départ de la prescription sera pour l'interdit lui-même le jour de la main-levée de l'inter-

(1) Marcadé, sur l'art. 502, n. 2 ; Laurent, V, n. 305, 307.
(2) Demolombe, VIII, n. 529 ; Villey, p. 89 s.

diction, et pour ses représentants le jour de son décès. Ce système présente un inconvénient, mais qui en pratique se produira rarement croyons-nous ; l'interdit est censé ne plus se souvenir de l'acte qu'il a passé, et d'autre part ses héritiers peuvent ne pas en avoir eu connaissance, il suffira donc au créancier d'attendre dix ans pour rendre l'acte inattaquable. Mais de deux choses l'une : ou bien l'acte aura été exécuté et alors il est impossible que l'interdit n'en ait pas connaissance au moment où son tuteur lui rendra compte de sa gestion, ou bien l'acte n'a pas été exécuté et alors il pourra toujours opposer la nullité sous forme d'exception, *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (1). Toutefois cette théorie est discutée, V. *infrà*.

La loi du 30 juin 1838, pour les aliénés non interdits, a décidé au contraire, dans l'art. 39, que les dix ans ne courraient que du jour où l'interdit ou ses héritiers auront eu ou pu avoir connaissance du contrat ; de là certains auteurs ont proposé d'étendre cette disposition par *a fortiori*, aux interdits non internés (2). Mais sans compter que l'art. 1304 formule un principe général, l'art. 39 de la loi de 1838 lui-même impose la solution contraire ; il vise en effet expressément le cas où l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée : c'est formel (3).

Nous reconnaissons cependant qu'il y a là une lacune de la loi, d'autant plus regrettable que de nombreux auteurs n'admettent pas l'efficacité du remède que nous avons préparé et repoussent l'application de la règle *quæ temporalia sunt* (4).

902. II. Actes auxquels l'art. 502 est applicable. — La généralité des expressions employées par cet article « *tous actes* », permettrait, semble-t-il, de conclure que l'incapacité qui frappe l'interdit est absolue et doit s'appliquer à tous les actes juridiques accomplis par lui, sans aucune distinction. Cette opinion fut effectivement soutenue au lendemain

(1) Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 828, note 43.
(2) Demolombe, VIII, n. 860 ; Colmet de Santerre, II, n. 307 *bis*, II.
(3) Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 828, note 43.
(4) V. notre traité *Des obligations*.

du code par les premiers commentateurs. L'art. 502 est formel : *Ut lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Les rédacteurs du code, dans les discussions qui ont marqué la rédaction de cet article, n'ont jamais fait de distinction. Leur but a été de supprimer les difficultés de fait auxquelles pouvait donner lieu l'examen de la démence au moment de l'acte ; ces difficultés seraient les mêmes pour tous les actes quels qu'ils soient. Faire une distinction quelconque serait revenir au système romain que le législateur a manifestement répudié (1).

903. On a depuis longtemps abandonné cette manière de voir, et il est à peu près unanimement admis que l'art. 502 comporte des exceptions. Cela n'est pas inconciliable avec la généralité apparente de cette disposition. Il faut en effet observer que l'art. 502 emploie cette expression *tous actes* pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ; or, d'après l'article 499, il est bien certain que tous actes ne lui sont pas défendus. Pourquoi en serait-il autrement de l'interdit?

En outre, dit-on *passer* une adoption, un mariage, une reconnaissance d'enfant naturel? évidemment non. Le législateur, s'il avait voulu prohiber également ces actes, aurait employé d'autres expressions (2).

(1) Delvincourt, I, p. 55, note 1 ; Toullier, II, n. 502 et V, n. 54, note 2 ; Duranton, II, n. 27, 34 et III, n. 759 ; Proudhon, I, p. 375, et II, p. 531 ; Marcadé, I, art. 146 ; Gremer, I, n. 104 ; Zachariæ, V, p. 24 ; Colmet de Santerre sur Demante, II, n. 274 *bis* a ; Planiol, I, n. 2635.

(2) C'est la seule manière, à notre avis, d'entr'ouvrir une porte à des exceptions. Malheureusement la réponse est facile : les expressions de l'art. 502 doivent s'appliquer distributivement aux deux personnes dont parle l'article ; mais tandis que la loi réglemente dans la suite la situation de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, elle ne fait aucune exception pour l'interdit ! Comment réfuter une pareille argumentation ? M. Demolombe a essayé de le faire (VIII, n. 633) en lui reprochant une pétition de principe : de même que l'art. 502 veut parler des actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne pourra faire sans l'assistance de son conseil, de même il s'agit, pour l'interdit, des actes qu'il ne peut faire que par son tuteur et dès lors la question reste entière pour ceux que le tuteur ne peut exercer à sa place ! Mais on va voir que ce système de M. Demolombe doit être repoussé ; et il est impossible d'admettre la réfutation de M. Demolombe si on n'adopte pas son système qui repose tout entier sur cette distinction des deux catégories d'actes. — L'argument tiré des expressions « actes *passés* » ne porte pas davantage ; il est bien certain que le mot « passés » est ici synonyme de « faits » ; et si on voulait être logique dans cette interprétation stricte, il faudrait dire que

Mais bien que la plupart des auteurs tombent d'accord sur un certain nombre d'actes que l'on devra permettre à l'interdit dans un intervalle lucide, on est loin de s'entendre sur le principe qui doit guider dans la recherche des exceptions à apporter à la règle de l'art. 502. Deux théories ont été proposées.

904. 1° Suivant Demolombe, qui a d'ailleurs été suivi par d'autres auteurs non moins éminents [1], il faudrait distinguer les actes pour lesquels l'interdit peut être représenté par son tuteur, et ceux qui n'admettent pas la représentation. Pour les premiers, l'interdit serait toujours incapable, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper s'ils ont été ou non passés dans un intervalle lucide. Les seconds, au contraire, tels que le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'un enfant naturel, ne tomberaient pas sous le coup de l'art. 502 et l'interdit pourrait les accomplir dans un intervalle lucide. En effet l'art. 509 assimile l'interdit au mineur, il faut donc lui appliquer l'art. 450, d'après lequel le tuteur représentera le mineur dans « *tous les actes civils* » ; or tout le monde admet que cet article ne s'applique pas aux actes qui excluent toute représentation, la conclusion logique c'est que l'art. 502 ne doit pas s'appliquer davantage aux actes pour lesquels l'interdit ne peut pas être représenté par le tuteur et ces actes sont les mêmes que pour le mineur.

ces expressions font allusion à un écrit et que par conséquent l'art. 502 ne s'appliquerait qu'aux actes pour lesquels un écrit est nécessaire. — En réalité, on n'a admis des exceptions que pour des motifs d'utilité pratique, et nous croyons, pour notre part, qu'en droit pur, sinon en législation, il faut appliquer l'art. 502 sans aucune restriction. Au surplus, si on lit attentivement les travaux préparatoires, on constate que les rédacteurs du Code n'ont jamais pensé un seul instant à faire la moindre distinction ; la chose est beaucoup trop grave pour que, s'ils l'eussent voulu, ils ne l'eussent pas fait formellement. Bien plus, voici comment, dans sa comparaison entre l'interdit et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, s'exprimait Emmery dans l'exposé des motifs au corps législatif : « Ceux auxquels on donne un conseil ne sont pas incapables des actes de la vie civile. Ils ne peuvent s'obliger, en contractant dans les cas prévus, sans l'assistance de leur conseil ; mais, en général, ils sont habiles à contracter ; ils *peuvent se marier*, ils peuvent faire un testament, ce *que ne peuvent pas faire les interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur* ». Locré, VII, p. 355. — Cf. Beudant, III, n. 977.

[1] Demolombe, VIII, n. 133 s. ; Valette, p. 363, 364 ; Villey, p. 127 s. Cf. Vigie, I, n. 905-906.

On avait tout d'abord hésité à appliquer cette théorie à la donation et au contrat de mariage pour lesquels cependant la représentation est impossible ; il y avait là une inconséquence évidente. Mais on est vite revenu de cette hésitation. Toutefois tous les auteurs n'ont pas suivi Demolombe jusque-là [1].

905. Cette doctrine a été très vivement combattue, en particulier par Laurent. Elle aboutit d'abord à un résultat inadmissible. Pour être logique, en effet, il faut dire que l'interdit, dans un intervalle lucide, ne pourra faire l'acte d'administration le moins important, puisque pour ces actes il peut être représenté par son tuteur, et au contraire il pourra faire des actes bien autrement graves, disposer de sa fortune par donation ou testament. De plus il y a, dans la théorie précédente, un vice de raisonnement : il n'y a aucune relation à établir entre l'art. 502 et l'art. 509. Sans doute l'art. 509 assimile l'interdit au mineur ; mais pour pouvoir dire qu'il pourra accomplir dans ses intervalles lucides les actes pour lesquels le tuteur ne peut les représenter, il faudrait d'abord établir que telle est la règle pour le mineur ; or, il est certain que parmi les actes qui n'admettent pas la représentation par le tuteur, il en est qui sont également impossibles au mineur, ainsi la donation. Il n'y a aucune corrélation entre la question de savoir quels sont les actes qui admettent la représentation et celle de savoir quels sont les actes qu'un interdit peut faire dans un intervalle lucide.

906. 2° Aussi a-t-on présenté une autre solution [2]. A la distinction des actes susceptibles ou non d'être accomplis par mandataire, on substitue la distinction entre les actes moraux et les actes pécuniaires : les actes pécuniaires seuls tombent sous la prohibition de l'art. 502 ; les actes moraux pourront être faits par l'interdit dans les intervalles lucides.

Il faut, avant tout, en effet, rechercher l'intention du législateur, les motifs qui ont fait organiser l'interdiction ; la loi a voulu protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit. Dès lors, pourquoi annuler les actes qui ne rentrent pas dans cette

[1] Laurent, III, n. 510 ; Huc, III, n. 518.
[2] Laurent, V, n. 308 ; Huc, III, n. 519.

catégorie, tels que le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'adoption? Mais on ne saurait évidemment lui permettre ni de tester, ni de faire une donation, ce sont là des actes essentiellement pécuniaires (1).

907. Il a déjà été parlé de la reconnaissance d'un enfant naturel (V. notre traité *Des personnes*, III, n. 648) et de l'adoption par un interdit dans un intervalle lucide.

908. Le cas pour lequel il y a le plus de doute est le mariage. La doctrine admit d'abord que le mariage contracté par l'interdit tombe sous le coup de l'art. 502. On disait en ce sens : les termes de l'art. 502 ont la plus grande généralité : « *tous actes*... sont nuls de droit » (1), ils comprennent donc même le mariage, pour lequel aucune exception n'a été établie. D'ailleurs l'art. 174, en disposant que l'opposition au mariage, fondée sur l'état de démence du futur époux, ne pourra être reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction du futur et d'y faire statuer dans un certain délai, donne bien à entendre que, si l'interdiction est prononcée, l'opposition sera maintenue et par suite le mariage impossible. D'autre part l'intérêt social exige que la race des fous ne se perpétue pas, et par conséquent qu'on ne permette pas le mariage aux interdits. Enfin si l'on autorise le mariage de l'interdit dans un intervalle lucide, va-t-on lui permettre de passer un contrat de mariage? Cela semblerait logique, mais l'art. 502 paraît s'y opposer formellement car on ne peut nier que le contrat de mariage ne soit un acte pécuniaire (2).

(1) Personnellement nous ne trouvons pas cette distinction plus juridique que celle de Demolombe que nous avons déjà combattue. S'il était vrai que le législateur s'est préoccupé de la conservation du patrimoine de l'interdit, il faudrait dire que si le fou n'a pas de biens il ne sera pas nécessaire de l'interdire. En outre, cette distinction entre les actes moraux et les actes pécuniaires est-elle absolument exacte? Ne peut-on pas dire que le mariage de l'interdit, une adoption ou une reconnaissance émanée de lui, exercent aussi par voie de répercussion leur influence sur son patrimoine et ne peut-on pas à ce titre les considérer comme des actes pécuniaires? Est-ce que le législateur n'a pas également eu en vue la protection de la personne de l'interdit, et les actes qu'on lui permet n'intéressent-ils pas au plus haut point sa personne? — Cf. Baudant, III, 978.

(2) Cass. req., 21 fév. 1895, D., 96, 2, 195. — Bruxelles, 20 déc. 1893, S., 95, 4, p. 3. — Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 3, n. 1; Duranton, II, n. 27 s.; Delvin-

909. Si le mariage contracté par l'interdit est nul de droit par application de l'art. 502, il en résulte logiquement : 1° que ce mariage peut être attaqué, non seulement par l'interdit lui-même ou son représentant légal, mais aussi, après sa mort, par ses héritiers, même collatéraux ; 2° que l'action en nullité est régie quant à sa durée par l'art. 1304 ; 3° que le tribunal saisi de cette action doit nécessairement prononcer la nullité sans examen, du moment qu'il est constant que le mariage a été contracté pendant la durée de l'interdiction.

On reculait en général devant ces conséquences. L'action en nullité d'un mariage, disait-on, ne peut appartenir qu'aux personnes déterminées par la loi ; c'est un principe constant. Donc les héritiers de l'interdit ne pourront pas intenter l'action, parce qu'aucun texte ne les y autorise. Qui donc aura ce droit ? L'interdit seulement, après la main-levée de l'interdiction, ou son tuteur durant l'interdiction, et on le décidait ainsi par argument de l'art. 180 ; on appliquait aussi l'art. 481 pour régler la durée de l'action. Mais il est manifeste que les art. 180 et 181 sont étrangers à l'hypothèse du mariage contracté par un interdit, il suffit de les lire pour s'en convaincre, et la vérité est que si le mariage contracté par l'interdit est nul ou annulable, le principe que l'action en nullité est l'apanage exclusif de ceux auxquels un texte de loi l'accorde, conduit à dire que cette action n'appartient ici à personne.

910. Depuis longtemps il s'est fait, sur la question proposée, une évolution dans la doctrine. Les auteurs les plus récents admettent que l'art. 502 est étranger au mariage contracté par l'interdit [1]. Son texte et son esprit le démon-

[1] Duranton, I, p. 55, note 1 ; Vazeille, I, p. 88 s. ; Toullier, I, n. 502, note 2 ; Proudhon, I, p. 335 et 437 ; II, p. 531 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, p. 205 ; Magnin, I, n. 158, 160 ; Colmet de Santerre sur Demante, II, n. 274 *bis* A s. — Ce dernier auteur est intervenu d'une façon toute particulière dans cette polémique ; nous renvoyons à son ouvrage pour le détail des arguments, ne voulant pas insister sur une question qui aujourd'hui n'est plus discutée.

[2] Demante, I, n. 225 *bis*, II, n. 274 *bis*, IV ; Demolombe, III, n. 127 s. ; Valette, p. 363 et 364 ; Laurent, II, n. 285 s. ; Troplong, *Contrat de mariage*, I, n. 289 et 294 ; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n. 90 ; Villey, p. 154 s. ; Aubry et Rau, I, § 451 *bis*, p. 10 et 11, § 464, p. 90, 91 ; Huc, III, n. 17 ; III, n. 519 ; Vigie, I, n. 344.

trent. Son texte. En effet, peut-on dire du mariage qu'il est un acte *passé* par l'interdit? Son esprit; car l'interdiction n'a été organisée que pour la protection des intérêts pécuniaires de l'interdit : elle a pour but unique de l'empêcher de se ruiner par des actes extravagants; le mariage, qui est un acte essentiellement moral, est donc en dehors de son orbite. L'art. 502 ainsi écarté du débat, comme il n'existe pas d'autre texte qui prononce la nullité du mariage contracté par un interdit et qu'en matière de mariage il n'y a pas d'autres nullités que celles qui résultent d'un texte, il faut en conclure que l'interdiction, par elle-même et par elle seule, n'est pas une cause de nullité du mariage.

Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette solution. Un article du projet, déclarant l'interdit pour cause de démence ou de fureur incapable de contracter mariage, fut supprimé, sur la demande du consul Cambacérès, comme inutile en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable (art. 146) et c'est en vain que le tribunat en demanda le rétablissement, sur ce fondement que si l'art. 146 rendait la disposition sans objet pour le cas où l'interdit était dans un état de démence continuel, elle conservait son utilité pour le cas où l'interdit avait des intervalles lucides [1]. Le rejet de la proposition du tribunat prouve bien qu'on n'a pas voulu admettre l'interdiction comme un empêchement au mariage, au moins comme un empêchement dirimant.

Si le législateur a gardé le silence sur les conventions matrimoniales de l'interdit cela peut s'expliquer suivant les uns parce qu'il y avait déjà la règle : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* », suivant les autres parce que l'art. 511 est par *a fortiori* applicable à l'interdit. L'argument tiré du danger de la procréation de fous n'est nullement démontré en fait, et d'ailleurs on aboutirait avec de telles idées à empêcher le mariage toutes les fois que l'un des époux serait atteint d'une maladie qui peut se transmettre, et ces

[1] La rédaction proposée par le tribunal était ainsi conçue : « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage ». Locré, *Leg. civ.*, IV, p. 312, n. 12 *in fine* et p. 451, n. 2.

maladies sont nombreuses. Pourquoi d'ailleurs empêcher l'interdit de profiter des jouissances que procure la famille, et qui pourront apporter un adoucissement à son mal? Quant à l'article 174, on verra tout à l'heure quel est son véritable sens.

911. Le droit commun reste donc applicable à l'interdit en ce qui concerne le mariage qu'il aurait contracté.

Il en résulte :

1° Que le mariage contracté par un interdit dans un intervalle lucide est valable [1], sans qu'il soit nécessaire, si l'interdit a acquis sa majorité matrimoniale, qu'il ait obtenu le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille. On a soutenu le contraire à tort, en se fondant sur l'art. 509. Si l'art. 502 est inapplicable, l'art. 509 doit être écarté par les mêmes motifs. Sans doute il serait désirable, en théorie, que l'interdit jouît de la protection qu'on veut lui accorder, mais il faudrait un texte pour la lui imposer et ce texte manque.

2° Que le mariage contracté par un interdit à un moment où il se trouvait en état de démence est inexistant. Toute personne intéressée peut se prévaloir de cette inexistence [2].

Cependant la Cour suprême considère ce mariage comme simplement nul, et elle en conclut que cette nullité ne pourra pas être poursuivie par les collatéraux [3]. Elle se fonde sur l'art. 184, qui donne aux collatéraux le droit dans certains cas d'attaquer le mariage ; ne visant pas l'art. 146 que nous appliquons au mariage de l'interdit, il faut nécessairement en conclure qu'ils ne peuvent pas attaquer le mariage de leur parent pour cause de démence. C'est confondre le mariage simplement nul avec le mariage inexistant. De plus, en poussant ce raisonnement à l'extrême, il faudrait dire que le chapitre V du mariage n'accordant l'action en nullité ni au dément quand il a recouvré sa raison, ni à son tuteur s'il

[1] Cass., 12 nov. 1844, S., 45. 1. 146, D., 44. 1. 99 ; Colmar, 27 mars 1852, S., 52. 2. 488, D., 52. 2. 260.

[2] Alger, 21 avril 1853, D., 55. 1. 343.

[3] Cass., 9 nov. 1887, D., 88. 1. 161 ; 26 fév. 1890, D., 90. 1. 290.

est interdit, ni à ses ascendants, descendants ou collatéraux, cette action n'appartiendrait à personne !

912. On le voit, au point de vue du sort d'un mariage contracté, l'interdiction des époux ou de l'un d'eux est un fait indifférent.

Mais il n'en est pas tout à fait de même au point de vue d'un mariage à contracter. L'art. 174, qui range la démence au nombre des causes d'opposition à mariage, dit que cette opposition, dont le tribunal peut d'ailleurs donner main-levée pure et simple, ne sera reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un certain délai. L'interdiction rend donc recevable une opposition fondée sur la démence, tandis qu'autrement l'opposition devrait nécessairement être rejetée. Suit-il de là que, lorsque l'interdiction a été prononcée, le tribunal doive nécessairement maintenir l'opposition? L'art. 174 ne dit pas cela. La seule conséquence qu'on puisse tirer de ce texte, dit fort bien Demante (t. I, n. 224 *bis*), c'est que l'état de démence n'est point une cause d'opposition, s'il n'est en même temps une cause d'interdiction ; d'où il suit qu'on doit donner main-levée de l'opposition, si la demande en interdiction n'est pas formée ou si elle est rejetée, mais non qu'il faille maintenir l'opposition si l'interdiction est prononcée [1].

L'opposition qui a pour cause l'interdiction peut donc être levée par le tribunal, si l'état de démence ne lui paraît pas assez caractérisé pour faire obstacle au mariage : ce qui arrivera principalement lorsqu'il existera de longs intervalles lucides. C'est ce que reconnaissent MM. Aubry et Rau (t. V, p. 91, texte et note 6), et par suite ces auteurs nous semblent formuler une proposition suspecte, lorqu'ils disent que l'interdiction forme un empêchement probibitif au mariage. Lorsqu'une opposition est fondée sur un empêchement prohibitif, le juge peut bien lever l'opposition en déclarant que l'empêchement n'existe pas ; mais il ne peut pas, si l'existence de l'empêchement est constatée, donner main-levée de cet empêchement.

[1] Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 137.

913. Ajoutons que l'interdit qui aura atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, n'a besoin d'aucun consentement ou d'aucune autorisation soit de ses ascendants, soit du conseil de famille. On a bien dit que l'art. 509 assimilait l'interdit au mineur, mais il est bien certain que l'art. 502 étant étranger au mariage de l'interdit, il serait irrationnel de lui appliquer l'art. 509 à ce point de vue. On ne peut davantage tirer argument de l'art. 174 ; si cet article donne à certaines personnes le droit de former opposition au mariage, on ne peut en conclure que leur consentement est nécessaire à ce même mariage.

914. En ce qui concerne le contrat de mariage de l'interdit, V. notre *Traité du contrat de mariage,* t. I, p. 183 s.

915. Pour ceux qui admettent que l'art. 502 est absolument général, il n'est pas douteux que la donation ou le testament faits par un interdit, même dans un intervalle lucide, soient nuls de droit, et cette manière de voir est adoptée par les auteurs qui distinguent entre les actes moraux et les actes pécuniaires.

Mais parmi les auteurs qui adoptent la théorie de Demolombe, les uns soutiennent que la donation et le testament de l'interdit faits dans un intervalle lucide sont parfaitement valables. Leur raisonnement est le suivant. Il est généralement admis que l'art. 504 ne s'applique pas aux actes à titre gratuit de l'aliéné. Les articles 502, 503 et 504 du code civil sont indissolublement liés, il faut donc les écarter en cette matière. Reste un seul texte, celui qui forme le droit commun pour la capacité de disposer, l'article 901, d'après lequel il suffit d'être sain d'esprit. Donc si l'interdit a fait l'un de ces actes dans un intervalle lucide, cet acte est parfaitement valable. Cette manière de voir se trouve confirmée par le législateur lui-même, qui, dans les articles 903 et 904, réglemente la capacité des mineurs, dans l'art. 905 celle des femmes mariées, et nulle part celle de l'interdit. C'est donc qu'il a voulu laisser l'interdit sous l'empire de la règle générale qu'il venait de poser. D'ailleurs si le mot « *actes* » de l'art. 502 comprenait les testaments, il faudrait en conclure que le prodigue ne pouvait pas davantage tester et le

contraire est généralement admis. Enfin il serait inhumain d'empêcher l'interdit de faire ces actes [1].

916. D'autres auteurs n'osant pas aller aussi loin décident que la donation sera interdite, mais que le testament sera permis. Il n'y a pas de rapport entre ces deux actes en ce qui concerne la capacité du disposant : le mineur peut tester dans une certaine mesure, il ne peut pas donner [2].

917. A notre avis, et sans faire aucune distinction, ces actes tombent sous le coup de l'art. 502. Nous n'avons pas à revenir sur la discussion générale que soulève cette disposition : observons simplement que la donation et le testament sont des « *actes* » par excellence. Quant à l'argument tiré de l'art. 901 il ne porte pas : dans cet article la loi n'a eu en vue que la capacité des personnes qui sans être interdites pouvaient se trouver exposées à des troubles passagers : quant à celles qui étaient déjà atteintes d'une incapacité légale elle n'avait pas à s'en préoccuper puisque leur situation était réglée par l'art. 502.

Sans doute cette prohibition présente des inconvénients : mais ne serait-il pas bien plus inhumain d'exposer l'interdit aux captations, aux manœuvres dont il ne manquerait pas d'être l'objet [3]?

918. Il est à peine besoin d'ajouter que l'art. 502 n'est pas applicable à la responsabilité pénale : on ne peut transporter dans le code pénal une présomption d'ordre purement civil.

Toutefois l'interdiction exercera une influence au point de vue de la preuve : le fardeau de la preuve sera renversé, en ce sens que l'interdiction suppose un état habituel de démence et que ce sera au ministère public à prouver qu'au

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Interdit*, § 6, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 1, n. 6 ; Valette, p. 363, 364 ; Demolombe, 3e éd., VIII, n. 648 *bis* ; Villey, p. 195 s.

[2] Coin-Delisle, *Donat.*, sur l'art. 901 ; Massé et Verge sur Zachariæ, III, § 415, p. 24 ; Demolombe, 1re et 2e édit., VIII, n. 647.

[3] Cass., 27 fév. 1883, S., 84, 1, 65, D., 83, 1, 113. — Toullier, V, n. 57 ; Taulier, IV, p. 21 ; Duranton, VIII, n. 154-163 ; Vazeille, sur l'art. 901, n. 5 ; Troplong, *Donat.*, I, n. 462 ; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 174 *bis*, III ; Laurent, II, n. 108 et 108 *bis* ; Aubry et Rau, VII, § 648, p. 14 ; Huc, III, n. 519 ; Vigie, III, n. 2.

moment de l'infraction l'interdit se trouvait dans un intervalle lucide [1].

919. En ce qui concerne les délits et quasi-délits civils, nous croyons que l'art. 502 leur est tout à fait étranger : les termes de l'article le prouvent d'ailleurs surabondamment : on ne dit pas qu'un délit ou un quasi-délit se passent : on dit qu'ils se commettent. Cette question rentre donc dans la question générale de la responsabilité [2].

N° 2. Actes passés antérieurement à l'interdiction.

920. Si l'on avait appliqué le droit commun à ces actes, on aurait décidé qu'ils auraient pu être attaqués pour cause de démence à la condition de prouver la démence au moment de l'acte. Et les héritiers de l'auteur de l'acte auraient pu l'attaquer sous la même condition. A ces deux points de vue les articles 503 et 504 C. civ. apportent des dérogations au droit commun.

I. *Explication de l'art. 503.*

921. Aux termes de cet article : « *Les actes antérieurs à » l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'inter- » diction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été » faits* ».

En quoi consiste la dérogation apportée au droit commun par l'article 503 ? La preuve de la démence au moment de l'acte est toujours difficile à faire : la loi part alors de cette idée qu'une fois l'interdiction prononcée il sera facile d'attaquer un acte passé antérieurement, sans avoir à faire cette preuve, en établissant simplement qu'à cette époque il y avait déjà motif à interdiction, qu'il y avait *état notoire* de démence. En d'autres termes l'acte est suspect : mais, sans avoir cependant à faire la preuve difficile de la démence au moment de

[1] Cass., 24 fév. 1842, *Bullet. crim.*, n. 33, 13 oct. 1853, D., 53. 5. 204 ; Trébutien, I, p. 122 ; Le Sellyer, *Tr. de la crim. et de la pén.*, I, n. 52 ; Blanche, II, n. 178 ; Valette sur Proudhon, II, p. 516, *note* 2 ; Demolombe, VIII, n. 635 ; Tilley, p. 29 s. ; Garraud, n. 131. — V. aussi Chauveau, Faustin-Hélie et Villey, I, n. 352.

[2] Demolombe, XXXI, n. 692 ; Larombière, V, art. 1382-1385, n. 20 ; Demante, II, n. 214 *bis*, V ; Villey, p. 42 s.

l'acte, l'acte ne pourra être attaqué que sous certaines conditions, et même encore la nullité sera facultative pour le juge.

922. I. **Conditions d'application de l'art. 503.** — 1° Il faut que la cause qui a motivé l'interdiction existe déjà à l'époque où l'acte a été passé. C'est donc une preuve bien plus facile que celle de la démence au moment de l'acte.

923. 2° Il faut que l'état de l'aliéné soit déjà notoire à cette époque (1). C'est évidemment la continuité de l'état qui déterminera sa notoriété. La loi n'ayant imposé aucun mode de preuve spécial, on aura recours aux modes de preuves du droit commun, aux témoins, aux présomptions. C'est ainsi que l'on pourra arguer des enquêtes faites en vue de l'interdiction (2) ; en vain dira-t-on que ces enquêtes se réfèrent au présent et non au passé, et qu'elles ont été faites en dehors des tiers contre lesquels on demande la nullité de l'acte ; il s'agit en effet simplement, pour le juge, de se faire une conviction, et à cet effet il peut s'aider de tous les moyens, étant donné surtout qu'il n'est pas obligé de prononcer la nullité.

924. 3° Certains auteurs exigent une troisième condition. Il faudrait que l'état notoire de démence eût été connu des tiers qui ont contracté avec l'aliéné (3). Nous n'adoptons pas cette manière de voir ; la loi exige simplement la notoriété de la démence ; il n'est pas nécessaire, pour que cette notoriété existe, que cet état ait été spécialement connu des tiers (4). Seulement, à notre avis, il est certain que les juges qui jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu pourront faire état de la bonne foi des tiers (5).

(1) Lyon, 18 nov. 1898, D., 99. 2. 103.

(2) Cass., 16 mars 1869, S., 69. 1. 372, D., 72. 1. 75. — Rennes, 16 nov. 1813, S. chr. — *Sic* Delvincourt, I, p. 483, note 10 ; Magnin, I, n. 886 ; Laurent, V, n. 314. — *Contrà* Nîmes, 22 mai 1818 et 10 mars 1819, S. chr. — Nancy, 21 mars 1842, (motifs), P., 42. 2. 542 ; Zachariæ, I, 269 ; Duranton, III, n. 780 ; Demolombe, VIII, n. 656 ; Aubry et Rau, § 127, p. 808, note 7.

(3) Marcadé, art. 503, n. 1 ; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 240.

(4) Cass., 10 fév. 1861, S., 62. 1. 504, D., 61. 1. 443. — Angers, 13 fev. 1846, S., 46. 2. 96, D., 46. 2. 74. — Grenoble, 30 juin 1847, S., 48. 2. 450, D., 48. 2. 150.

(5) Duranton, III, n. 778 ; Toullier, II, n. 1359 ; Demolombe, VIII, n. 657 ; Aubry et Rau, I, § 127, p. 809 ; Huc, III, n. 521 ; Vigie, I, n. 307.

Lorsque l'état de démence n'est pas notoire, on ne se trouve plus dans les termes de l'art. 503 et par conséquent il faudra revenir au droit commun, cela alors même que les tiers auraient eu connaissance de l'état de démence de l'interdit. Certains auteurs pensent cependant que dans ce cas il faudra appliquer l'art. 503 par *a fortiori*. ils oublient, suivant nous, que le fait, par les tiers, d'être au courant de la situation de l'individu ne constitue pas la notoriété dont parle l'art. 503.

925. II. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux. — Ce pouvoir résulte des termes mêmes de l'art. 503 : les actes *pourront* être annulés.

Mais il ne faudrait pas cependant croire que ce pouvoir est sans limites ; il ne faut pas perdre de vue la pensée du législateur et l'hypothèse spéciale pour laquelle l'art. 503 a été écrit. On a prévu dans cette disposition le cas où l'état mental de l'aliéné, au moment de la passation de l'acte, n'était pas exactement connu du tribunal ; tout ce qu'on sait, c'est que l'aliéné était alors dans un état habituel et notoire de démence ; on ignore s'il se trouvait dans un moment d'absence totale de raison ou dans un intervalle lucide, et dans ces conditions le juge appréciera, il pourra même tenir compte des circonstances dans lesquelles les tiers ont contracté, de leur bonne ou de leur mauvaise foi, la loi s'en remet à son appréciation, sa décision sera souveraine [1] et échappera à la cour de cassation.

Mais du moment que l'interdiction n'était pas encore prononcée au moment où l'acte a été passé, nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à la recherche précise de l'état exact de l'aliéné à cette heure, et l'on reviendrait alors à l'application du droit commun, si donc il était démontré que l'aliéné était à ce moment dans un intervalle lucide, l'acte devrait être maintenu ; de même les juges ne devraient pas déclarer l'acte valable s'il était démontré au contraire que l'aliéné était privé de raison. Quel serait, dans ce dernier cas, le sort de l'acte ?

[1] Cass., 11 août 1834, S., 34. 1. 358 ; 6 août 1840, P., 46. 296 ; 19 fév. 1861, S., 62. 1. 501, P., 63. 152 ; 7 nov. 1898, D., 98. 1. 565. — Denizart, v° *Interdiction*, n. 23 ; Toullier, II, n. 1361 ; Demolombe, VII, n. 657 ; Aubry et Rau, I, § 127, p. 809 ; Vigie, I, n. 997 ; Duranton, III, 778 ; Huc, III, n. 521.

Serait-il simplement annulable ou bien inexistant? La question a déjà été examinée. V. *suprà*, n. 794.

926. III. Caractère de la nullité de l'art. 503. — Il n'est pas douteux que la nullité établie par cet article est une simple nullité relative. Prétendre qu'il y a ici une nullité radicale, serait confondre le cas où il faut établir la démence au moment de l'acte et celui où il suffit d'établir la notoriété de cet état prévu par notre article. L'art. 503 annule non pas parce que l'interdit était en état de démence au moment de l'acte, mais parce qu'il y avait beaucaup de probabilités pour qu'il en fût ainsi, on ne peut pas en conclure qu'il y avait absence complète de consentement [1].

927. La conséquence du caractère relatif de cette nullité c'est que l'action en nullité se prescrira par dix ans, mais quel sera le point de départ de ce délai ?

On a soutenu que le délai de dix ans commencerait à courir du jour où l'acte a été passé [2]. Cette solution fait naître des inconvénients graves ; si l'interdiction suspensive de la prescription se fait attendre, en effet, plus de dix ans, l'action sera éteinte, alors que l'état mental de l'aliéné l'empêchait d'agir, et qu'il n'était pas pourvu d'un tuteur chargé de veiller à ses intérêts ; mais de plus cette solution est contraire aux principes du droit.

C'est un véritable axiome en effet, que la prescription ne peut pas courir contre une action qui n'est pas encore née. Or, l'action de l'art. 503 n'existe pas tant que l'interdiction n'est pas prononcée, ou du moins n'existe que conditionnellement, sous la condition que l'interdiction sera prononcée. Elle n'a pas pu commencer à se prescrire avant le jugement d'interdiction puisque c'est ce jugement qui l'a créée.

Mais d'autre part elle ne peut se prescrire pendant l'interdiction, car l'article 1304 reporte à la main-levée de l'interdiction le point de départ de la prescription des actions en nullité pour cause d'interdiction.

C'est donc à partir du jugement de main-levée de l'inter-

[1] Laurent, V, n. 319; Vigié, I, n. 3307. — *Contrà* Poitiers, 7 déc. 1854, D., 55. 5. 293 ; Duranton, III, p. 714, n. 783. — V. aussi Demolombe, VIII, n. 653.

[2] Toullier, VII, n. 616.

diction que l'action en nullité de l'art. 503 commencera à se prescrire [1].

928. IV. A quels actes s'applique l'art. 503 ? — Il n'est pas douteux qu'il existe une corrélation étroite entre l'article 503 et l'article 502. L'article 503 ne devrait donc pas être appliqué aux actes qui d'après l'opinion générale ne sont pas visés par l'article 502. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une reconnaissance d'enfant naturel, faite par un individu qui postérieurement a été interdit, n'est pas nulle bien que faite dans un temps où la cause de l'interdiction existait d'une manière notoire si cet acte de reconnaissance est libre, spontané et exempt d'erreur [2].

929. Mais d'autre part les termes de l'art. 503 sont moins généraux que ceux de l'article 502. Aussi admet-on que d'autres actes ne doivent pas tomber sous le coup de cet article. C'est ainsi que l'on déclare inattaquables les significations faites à l'aliéné et les jugements obtenus contre lui. On ne se trouve pas ici en effet en présence d'actes purement volontaires de l'aliéné. D'autre part, avant l'interdiction, l'aliéné n'a aucun représentant légal et il est nécessaire que les tiers aient une personne à laquelle ils puissent faire remettre les procédures nécessaires pour la conservation de leurs droits. Sans doute cette solution présente des inconvénients; on pourra en effet profiter de la triste situation de l'aliéné pour faire courir contre lui des délais de déchéance par des moyens d'exécution, des significations dont il n'aura pas connaissance, alors que de son côté il est incapable d'interrompre les prescriptions qui courent contre lui; mais on ne peut pas sacrifier les tiers et d'ailleurs on aura toujours la ressource d'appliquer l'art. **1382** aux tiers qui auront déloyalement abusé de sa démence pour s'enrichir à ses dépens [3].

[1] Aix, 17 fév. 1832, S., 32. 2. 264; Angers, 1er mars 1845, D., 45. 2. 61; 13 fév. 1846, D., 46. 2. 74. — Chambéry, 19 janv. 1886, D., 87. 2. 162. — *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Interdiction*, p. 906; Proudhon, II, p. 326, 328; Laurent, V, n. 316; Aubry et Rau, IV, p. 280, § 239; Demolombe, XXIX, n. 158; Huc, III, n. 521.

[2] Cass., 12 janv. 1844, S., 45. 1. 246, D., 45. 1. 99.

[3] Douai, 18 fév. 1848, S., 48. 2. 563, D., 48. 2. 175. — Lyon, 18 nov. 1898, D., 99. 2. 103. — *Sic*, Demolombe, II, n. 658; Laurent, n. 317.

930. La question de savoir si l'art. 503 doit être appliqué aux donations et aux testaments est controversée [1].

931. V. **Preuve de l'antériorité des actes.** — Les dispositions des articles 502 et 503 rendent très importante la question de la date des actes incriminés : l'acte est-il postérieur au jugement d'interdiction, il sera nul de droit sans autre preuve à fournir que celle de la décision prononçant l'interdiction (art. 502) ; l'acte est-il au contraire antérieur, il faudra prouver la notoriété de la démence à l'époque où l'acte a été passé, et de plus la nullité est facultative pour le juge. Les antidates sont à craindre pour échapper soit à la nullité de l'art. 502 soit à celle de l'art. 503.

Nous croyons cette question assez simple, et les arrêts qui l'ont tranchée ne nous paraissent pas l'avoir envisagée sous son véritable jour : ils ont eu le tort de ne pas appliquer simplement les principes généraux ou d'en faire une fausse application.

Il est manifeste tout d'abord que l'art. 1328 est totalement étranger à la discussion : il est relatif aux rapports des tiers avec les parties, et ici la question se pose entre les parties elles-mêmes, l'interdit, son tuteur ou ses héritiers d'une part, ceux qui ont traité avec l'interdit, d'autre part. Il ne faut donc pas dire que tout acte n'ayant pas acquis date certaine, conformément à l'art. 1328, antérieurement à l'interdiction, tombe sous le coup de l'article 502 [2].

Le seul texte applicable est l'art. 1322 qui règle la force probante de l'acte sous seing privé. Or il est admis par tout le monde que cet article ne veut parler que de la matérialité de l'acte : quant à la sincérité des déclarations, l'acte sous seing privé n'en fait foi que jusqu'à preuve contraire : la date n'est qu'une déclaration. Donc il sera possible de faire la preuve de la fausseté de la date [3]. Mais alors se posent deux

(1) Baudry-Lacantinerie, *Donations*, I, n. 245, texte et note 2.

(2) Cass., 9 juin 1816, S. chr. — Angers, 8 déc. 1813, P. chr. — Amiens, 5 fev. 1823, S. chr. — Rouen, 22 juill. 1828, S. chr. — Paris, 26 juin 1838, S., 38. 2. 417.

(3) Cass., 16 mai 1831, S., 1835. 1. 85 ; 8 mars 1836, S., 36. 1. 236. — Bourges, 4 janv. 1831, S., 31. 2. 288. — Paris, 20 avril 1831, S., 31. 2. 288. — Orléans, 25 août 1837, S., 38. 2. 66, D., 37. 2. 146 ; 21 mars 1838, S., 39. 2. 326. — Nancy, 2 mai 1842, D., 42. 2. 185. — Laurent, V, n. 320 ; Villey, p. 63 s.

questions : qui devra faire la preuve, et comment sera-t-elle administrée? Sur ces deux points, nous appliquerons encore les principes généraux.

1° Ce sera le plus souvent l'interdit qui invoquera la fausseté de la date : ce sera donc à lui à prouver que la date insérée est fausse, sauf aux créanciers à lui répondre en prouvant que l'acte faussement daté, — ou non daté, ce qui revient au même — a été fait à une époque ou l'interdit était encore *integri status* (1).

2° Comment se fera la preuve? Toujours par application des principes généraux, nous pensons que la preuve pourra être faite par témoins et par présomptions tirées des circonstances de la cause. C'est bien le cas en effet d'appliquer ici l'art. 1348, qui autorise la preuve testimoniale au cas où il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation, et on étend cette disposition aux cas de simulation et de fraude quand on n'a pas pu s'en procurer une preuve littérale. Or il est bien certain que telle est la situation de l'interdit quand on antidate un acte souscrit avec lui (2).

II. *Explication de l'article 504.*

932. Cet article contient une nouvelle dérogation au droit commun. Si l'on eût appliqué les principes généraux en effet, les actes d'un aliéné auraient pu être attaqués après sa mort par ses héritiers à la seule condition de prouver sa démence au moment de l'acte. L'article 504 décide au contraire que ces actes ne pourront en principe être attaqués pour cause de démence. « *Après la mort d'un individu, les actes par lui « passés ne pourront être attaqués pour cause de démence « qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provo- « quée avant son décès; à moins que la preuve de la démence « ne résulte de l'acte même qui est attaqué* ». On ne peut donc, en principe, après la mort d'une personne, attaquer ses actes pour cause de démence.

(1) Orléans, 25 août 1837, précité ; 21 mars 1838, précité. — *Contrà* Orléans, 3 juil. 1835, S. 35, 2, 417.

(2) Laurent, V, n. 322.

933. I. Motifs de cette dérogation. — Trois raisons paraissent avoir pu guider le législateur. On peut d'abord supposer que la loi a voulu punir ainsi la négligence de ceux qui auraient pu provoquer l'interdiction et qui ne l'ont pas fait. Puis il faut observer qu'à la mort de l'individu disparaît le principal élément d'appréciation pour le juge, l'interrogatoire du défendeur. On peut même dire qu'il était à craindre que, dans l'espoir de circonvenir le juge, on n'attaquât souvent sans motifs, sous couleur de démence, des actes accomplis par un individu décédé ! On peut encore faire valoir avec certains auteurs que « si quant à la personne qui a fait » un acte en état de démence, un intérêt simplement moral » ou de convenance doit être suffisant pour l'autoriser à en » demander l'annulation, il n'en est plus de même en ce qui » concerne ses héritiers dont le droit d'action est restreint à » la mesure de leur intérêt pécuniaire. On comprend même » que la loi, pour éviter les perturbations qu'entraîneraient, » après la mort d'un individu, les attaques dirigées contre » les actes par lui passés, ait exigé que l'intérêt pécuniaire » des héritiers à demander la nullité de ces actes ressortît de » la lésion qu'ils leur auraient occasionnée, et qu'elle ait res- » treint leur action en nullité au cas où la preuve de la » démence résulterait de l'acte attaqué puisqu'une lésion » d'une certaine importance est de nature à former sinon » une preuve directe et complète du moins un indice grave » de l'insanité d'esprit de l'auteur de cet acte » (1). Il semble résulter enfin des travaux préparatoires que l'idée qui a surtout dominé l'esprit du législateur, c'est qu'il ne doit pas être permis aux héritiers de soulever des contestations de nature à porter atteinte à la mémoire de leur auteur (2).

934. II. Exceptions au principe posé par l'art. 504. — L'article 504 admet cependant lui-même deux exceptions à la règle posée.

(1) Aubry et Rau, I, § 127, p. 810, note 12. — V. aussi Demolombe, VII, n. 664 et 665.

(2) Beudant, III, p. 574 ; Rapport au tribunat par Bertrand de Greuille, Locré, *Lég.*, VII, p. 371, n. 8 ; Discours au corps législatif par Tarrible, Locré, *Lég.*, VII, p. 394, n. 12.

1° *Les héritiers peuvent attaquer les actes du défunt lorsque son interdiction a été prononcée ou provoquée de son vivant.* Il ne faut tenir aucun compte de la première partie de l'article 504, il faut que l'interdiction ait été *prononcée;* si l'interdiction a été prononcée en effet, si l'acte attaqué a été fait postérieurement on se trouve dans l'hypothèse de l'article 502; s'il a été fait antérieurement on se trouve dans celle de l'article 503. On a bien essayé de soutenir qu'il s'agissait, dans l'article 504, d'une interdiction antérieure dont il aurait été donné main-levée, et des actes postérieurs à cette main-levée, ce serait évidemment la seule façon de donner une signification à cette partie de l'article et il n'est pas douteux qu'elle présenterait une grande utilité, l'interdit qui a obtenu main-levée de l'interdiction pouvant de nouveau retomber dans des moments de démence; mais nous croyons que ce serait ajouter à la loi, qui, si elle eût voulu prévoir cette hypothèse, n'eût pas manqué de s'en expliquer. Or il est bien certain que le législateur n'a pensé qu'à l'interdiction encore existante au décès, et non aux actes passés après la main-levée d'un jugement d'interdiction; ces actes sont donc inattaquables pour cause de démence à moins qu'une nouvelle demande d'interdiction n'ait été formée, ou qu'ils ne révèlent par eux-mêmes la démence de l'individu [1].

935. Occupons-nous donc du second cas : l'interdiction a été provoquée. Que faut-il entendre par là? Simplement que l'instance en interdiction était régulièrement entamée au jour du décès; ce qui exclut tout naturellement le cas où elle aurait été rejetée ou encore les cas de péremption d'instance; ou de désistement du demandeur : dans ces divers cas, l'action doit être considérée comme n'ayant jamais été intentée [2]. L'instance devra être réputée commencée dès la présentation de la requête au tribunal. Mais nous croyons que la loi veut une provocation sincère et sérieuse, et non une requête simplement adressée pour les besoins de la cause et abandonnée ensuite par son auteur, ou encore une requête faite *in extre-*

[1] Demolombe, VIII, n. 651. — *Contra* Massé et Vergé, I, § 236, note 12.
[2] Demolombe, VIII, n. 669.

mis, dans la certitude que le décès allait arrêter la procédure. Dans ces divers cas, nous pensons avec Demolombe que le tribunal pourra ne pas tenir compte d'une telle provocation [1].

936. Lorsque cette condition sera remplie, quelle sera la situation des héritiers qui voudront attaquer l'acte? Quelle preuve devront-ils fournir? La preuve de la démence au moment de l'acte ou simplement la preuve de la notoriété de la démence à l'époque où l'acte a été passé conformément à l'art. 503? La réponse ne nous paraît pas douteuse, si l'on veut raisonner logiquement. L'art. 504 commence par poser un principe qui constitue une dérogation au droit commun : à ce principe, il apporte une exception. Qu'est-ce à dire sinon qu'il revient au droit commun d'après lequel il faudra prouver la démence au moment de l'acte [2]?

937. On a essayé d'écarter l'art. 504 au cas où la personne dont on veut attaquer les actes n'aurait jamais été en état d'être interdite, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une folie purement accidentelle. Comment faire aux héritiers un grief de ne pas avoir provoqué une interdiction qu'ils n'auraient pu faire prononcer [3]? Cette distinction nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le texte ne fait aucune distinction. De plus, ce qu'on a voulu surtout en édictant cette disposition, c'est prévenir les demandes en nullité fondées sur la démence, alors que la preuve serait presque impossible à fournir. Cette idée a la même force dans notre hypothèse que dans celle où l'interdiction aurait pu être obtenue [4].

938. 2° *Les héritiers pourront attaquer l'acte lorsque la démence résultera de l'acte lui-même.* — Dans cette hypothèse la preuve est des plus faciles : et cette seconde exception prouve bien que le motif principal du principe posé par l'art. 504 c'est la difficulté de preuve. La formule de la loi est des plus claires : il faut par conséquent que l'acte fasse

[1] Demolombe, VIII, n. 670. — Cf. Laurent, V, n. 325. — La proposition de loi sur le régime des aliénés votée par la chambre des députés le 22 janvier 1907 assimile à la demande d'interdiction l'internement dans un asile d'aliénés (art. 54).

[2] Laurent, V, n. 326.

[3] Proudhon, I, p. 539.

[4] Laurent, V, n. 625, p. 390; Valette sur Proudhon, II, p. 542.

par lui-même preuve complète de l'insanité d'esprit, et non pas qu'il soit simplement un commencement de preuve, une semi-preuve [1]; et il est encore plus certain qu'on ne saurait tirer cette preuve d'écrits ou de documents émanés du défunt [2]. Mais les juges ont en cette matière un large pouvoir d'appréciation : il s'agit d'une question de fait qui échappe au contrôle de la cour de cassation [3].

939. III. A quels actes s'applique l'art. 504. — Malgré la généralité des termes de l'art. 504, tout le monde admet qu'il ne s'applique pas à tous les actes que pourrait passer un individu.

1° Une première exception certaine concerne les donations et les testaments auxquels on appliquera l'art. 901 et non l'art. 504 [4].

2° On admet également que le mot « *actes* » implique quelque chose d'actif, de positif et par conséquent on ne saurait étendre l'art. 504 à des faits *in omittendo* qui supposent une simple inaction, par exemple à une extinction de droits résultant de la prescription, et cela, sans distinguer entre la prescription trentenaire et la prescription décennale de l'art. 1304. La démence n'est pas une cause de suspension de la prescription [5].

3° Pour cette même raison que l'art. 504 ne s'applique qu'aux actes volontaires, on décide qu'il est étranger aux jugements [6].

4° Enfin on a soutenu que cette disposition ne s'appliquait pas à l'adoption; l'adoption, a-t-on dit, est un acte de bienfaisance ne se référant pas à la gestion du patrimoine; or, on a vu que les actes à titre gratuit échappent à la règle de l'art. 504 [7]. La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire,

[1] Sic Demolombe, VIII, n. 667; Demante, I, n. 500; Mourlon, I, p. 519. — *Contra* Valette sur Proudhon, II, p. 543.

[2] Orléans, 28 avril 1860, D., 60. 2. 98.

[3] Cass., 20 fév. 1863, D., 63. 1. 403.

[4] Baudry-Lacantinerie, *Donations*, I, n. 242.

[5] Cass., 31 déc. 1866, S., 67. 1. 351 note. — Larombière, *Obligat.*, I, sur l'art. 1162, n. 8.

[6] Poitiers, 31 août 1842, P., 43. 1. 348.

[7] Aubry et Rau (1re édit.), VI, § 558, note 4.

avec raison, croyons-nous. L'exception relative aux donations et aux testaments résulte d'une façon certaine des travaux préparatoires, des titres des Donations et Testaments et de l'Interdiction; mais le législateur n'a rien dit en ce qui concerne l'adoption. D'ailleurs, l'adoption n'est pas un contrat purement gratuit; elle crée des obligations et des droits réciproques. Enfin il faut bien remarquer que l'adoption est entourée d'une série de formalités qui la rendent exceptionnellement publique; il est impossible qu'elle ait lieu à l'insu des héritiers; ils sont donc suffisamment prévenus et n'ont qu'à provoquer l'interdiction (¹).

§ III. *De certaines capacités spéciales résultant du jugement d'interdiction.*

940. 1° L'exercice des droits de citoyens français est suspendu par l'état d'interdiction judiciaire (constitution du 22 frimaire, an VIII, art. 5).

2° L'interdit n'est pas électeur (art. 3, § 6 de la loi du 5 mars 1849; décret du 2 fév. 1872, art. 15, n. 16; loi du 7 juillet 1874, art. 5).

3° L'interdit ne peut être juré (loi du 29 novembre 1872, art. 2).

4° Il ne peut obtenir la délivrance d'un permis de chasse (loi du 3 mai 1844, art. 7, § 3).

5° Il ne peut être tuteur ni membre d'un conseil de famille (art. 442 C. civ.).

6° Il ne peut être témoin ni dans les actes instrumentaires ni dans les actes de l'état civil.

7° L'interdiction soit du mandant, soit du mandataire met fin au mandat (art. 2003 C. civ.).

8° L'interdiction d'un associé opère dissolution de la société soit civile, soit commerciale (art. 1865 C. civ. et 18 C. com.). Ce mode de dissolution ne s'applique pas aux sociétés anonymes qui sont des groupements de capitaux et non des associations de personnes.

(¹) Cass., 1er mai 1861, S., 61. 1. 113. — Poitiers, 23 nov. 1859, S., 61. 2. 138.

SECTION V

CESSATION DE L'INTERDICTION

941. Deux causes peuvent mettre fin à l'interdiction : 1° la mort de l'interdit ; la main-levée de l'interdiction (art. 512 C. civ.).

Nous ne nous occuperons que de cette dernière.

942. I. **Qui peut provoquer la main-levée de l'interdiction.** — La loi ne dit rien ; elle exige bien que l'on suive les mêmes *formalités* que pour parvenir à l'interdiction, mais on ne peut raisonnablement faire rentrer le droit d'agir dans ces formalités. On peut supposer cependant que le législateur a voulu conférer le droit de demander la main-levée de l'interdiction aux personnes qui auraient le droit de provoquer l'interdiction, donc aux parents, au conjoint et au ministère public.

Mais on va plus loin et on décide en général que l'interdit lui-même pourra demander la main-levée. Il serait barbare, dit-on, de lui enlever ce droit, car il dépendrait de ses parents de le laisser perpétuellement en état d'interdiction. Son intérêt exige qu'il puisse agir (1).

Cette opinion nous paraît peu conforme aux principes ; on ajoute déjà à la loi, muette sur ce point, en donnant le droit d'agir aux personnes qui peuvent provoquer l'interdiction, on y ajoute encore en autorisant l'interdit à agir alors qu'on lui refuse le droit de provoquer sa propre interdiction. De plus, tant que dure l'interdiction, l'interdit est incapable de tous les actes civils. Quant aux inconvénients que l'on signale, ils sont bien atténués par ce fait que le tuteur pourra agir et aussi le ministère public. Le droit strict, à notre avis, serait que le tuteur et le ministère public, représentants des incapables, aient seuls le droit d'agir (2).

(1) Bordeaux, 8 mars 1822, S. chr. — Riom, 2 déc. 1830, S., 33. 2. 493. — Aix, 31 juill. 1884, S., 86. 2. 42. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 678 ; Valette sur Proudhon, I, n. 253 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 126, texte et note 20, p. 470 ; Demante, n. 283 *bis*, I. Aubry et Rau, I, § 127, p. 807 ; Beudant, III, p. 607, n. 980, I. Hue, III, n. 527 ; Planiol, n. 2669. — Cf. Bordeaux, 23 mai 1899, D., 99. 2. 370.

(2) Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 255 ; Laurent, V, n. 330.

943. II. Contre qui la demande de main-levée sera-t-elle dirigée? — Ici encore la loi est muette. Nous pensons qu'il faut décider qu'il n'y a pas de défendeur dans l'espèce; ceux que l'on pourrait à la rigueur considérer comme contradicteurs sont le conseil de famille dont on demandera l'avis et le ministère public qui devra être entendu (1).

Cependant certains pensent que la demande de main-levée devra être dirigée contre le tuteur et telle est bien la pratique (2). Nous avons dit que le tuteur, au contraire, devait être considéré comme le demandeur normal à l'action en main-levée.

944. III. Tribunal compétent. Procédure. Jugement. — Le tribunal compétent est celui du domicile de l'interdit, par conséquent celui du domicile du tuteur (art. 108 C. civ.). La demande est instruite et jugée dans les mêmes formes que la demande en interdiction elle-même; il faudra donc lui appliquer tout ce qui a été dit de la procédure de l'interdiction (3). Mais il est bien certain que le tribunal peut, s'il le veut, ne pas procéder à ces formalités et rejeter *de plano* la demande d'interdiction (4).

945. Avant la loi du 13 mars 1893 on admettait que le jugement de main-levée d'interdiction n'était soumis à aucune publicité; depuis cette loi il est soumis à la même publicité que le jugement qui prononce l'interdiction (art. 897 C. pr. civ.).

946. Le jugement de main-levée est susceptible des voies de recours ordinaires. Ceux qui auront figuré à l'instance pourront interjeter appel, de même le ministère public si l'on reconnait qu'il a le droit de demander la main-levée (5). Il faut en dire autant de tout membre du conseil de famille contre l'avis duquel le jugement a été prononcé (6).

(1) Laurent, V, n. 331. — Cass., 12 fév. 1816, S. chr.

(2) Duranton, III, p. 719; Carré et Chauveau, III, p. 271, quest. 181, n. 3036; Delvincourt, I, p. 133, note 4; Toullier, II, n. 1364; Taulier, II, p. 123; Huc, III, n. 528; Beudant, III, p. 607, n. 980, II.

(3) Cass., 10 avril 1849, S., 49. 589.

(4) Cass., 13 janv. 1864, S., 64. 1. 19, D., 64. 1. 86; 30 août 1876, S., 78. 1. 152, D., 78. 2. 72. — *Sic*. Demolombe, VIII, n. 683 *bis*; Laurent, V, n. 332; Bertin, I, n. 767; Huc, III, n. 528; Aubry et Rau, I, § 127, p. 807.

(5) Poitiers, 5 août 1831, S., 32. 2. 205.

(6) Nimes, 3 juin 1846, S., 48. 2. 158.

947. L'instance en main-levée comme l'instance en interdiction s'éteint par le décès de l'interdit. Mais qu'arrivera-t-il si la main-levée a été prononcée, appel interjeté contre le jugement et que l'interdit soit décédé pendant l'instance d'appel? Nous proposerons ici la même solution que nous avons adoptée pour le cas analogue où l'interdit serait mort pendant l'instance d'appel ouverte contre le jugement qui a prononcé l'interdiction; l'appel a fait disparaître l'autorité du jugement de main-levée, l'interdit est donc mort en état d'interdiction [1].

948. IV. **Effets de la main levée.** L'interdiction cesse de produire ses effets. Le jour de la main-levée sert de point de départ au délai de dix ans après lequel les actes de l'interdit ne pourront plus être attaqués (art. **1304**).

Observation. — Il ne faut pas considérer comme une cause de cessation de la tutelle la faculté qui est accordée par l'art. 508 au tuteur autre que l'époux, les ascendants et les descendants, de répudier la tutelle après dix ans de fonctions. Ce n'est qu'une simple libération du tuteur. Cette différence avec la tutelle des mineurs s'explique aisément par cette idée que la tutelle d'un interdit est une charge particulièrement lourde parce qu'aucune limite précise ne lui est fixée et que l'état de l'interdit peut se prolonger indéfiniment.

CHAPITRE III

DU CONSEIL JUDICIAIRE

949. Le conseil judiciaire est un *curateur* nommé par la justice et chargé d'assister un prodigue ou un faible d'esprit dans certains actes civils énumérés limitativement par la loi.

On voit par cette définition que le mot *conseil* est pris ici dans le sens de conseiller et non dans celui d'assemblée.

On voit aussi que les personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire doivent être considérées comme *pourvues*

[1] Montpellier, 7 janv. 1851. D., 54. 2. 7. — Cf. Lacoste, note sous Cass. belge, 23 nov. 1900, S., 1902. 3. 17; Laurent, V, n. 322.

d'un curateur : ce qui leur rend applicable l'art. 836 C. pr. civ., d'après lequel les causes des personnes *pourvues d'un curateur* sont communicables au ministère public.

SECTION PREMIÈRE

A QUELLES PERSONNES PEUT-IL ÊTRE NOMMÉ UN CONSEIL JUDICIAIRE

950. La nomination d'un conseil judiciaire ne peut avoir lieu que pour des causes expressément déterminées : la faiblesse d'esprit et la prodigalité.

§ I. *Faiblesse d'esprit.*

951. On entend par faibles d'esprit ou simples d'esprit, comme on dit quelquefois, les personnes dont les facultés mentales, sans être complètement oblitérées, sont cependant gravement troublées : elles ont un caractère et une raison trop faibles pour se conduire seules et elles peuvent ainsi compromettre leur fortune. Cette première cause de nomination d'un conseil résulte de l'art. 499 : « *En rejetant la » demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si » les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne » pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir » un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever » ses biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui lui » sera nommé par le même jugement* ».

952. Bien que notre article nous représente la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit comme intervenant sur une *demande en interdiction*, on admet généralement que les personnes auxquelles la loi donne qualité pour provoquer l'interdiction, pourraient demander directement la nomination d'un conseil judiciaire si elles estiment que l'état du défendeur ne comporte pas l'application de l'interdiction. Pourquoi les forcer en pareil cas à demander le plus pour obtenir le moins [1] ?

[1] Alger, 4 mai 1836, S., 36. 2. 566. — *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n. 3; Valette sur Proudhon, II, p. 547; Marcadé, II, p. 340, sur l'art. 499; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 271 *bis*, I; Demolombe, VIII, n. 532.

953. *Si les circonstances l'exigent.* La loi ne dit pas quelles sont ces circonstances, et elle laisse par conséquent aux tribunaux la plus grande latitude pour leur appréciation (1) : ce qui n'est peut-être pas un mal à raison de l'infinie variété des cas qui peuvent se présenter. Des infirmités physiques (2), par exemple le surdi-mutisme (3), pourraient donc servir de cause à la nomination d'un conseil judiciaire, aussi bien que des infirmités morales. Il en serait de même de l'extrême vieillesse (4), de l'ivrognerie habituelle (5), de l'exaltation des idées (6), d'un esprit processif démesuré (7). Mais cependant notre disposition ne peut être un remède à tous les maux. La cour d'Angers a jugé avec raison (8) qu'une jeune fille ne doit pas être pourvue d'un conseil judiciaire à raison de ce seul fait qu'elle mène une vie de débauche.

Les tribunaux ayant plein pouvoir d'appréciation, leurs décisions échappent au contrôle de la cour de cassation (9).

§ II. *Prodigalité.*

954. C'est l'art. 513 qui prévoit cette seconde cause de nomination d'un conseil judiciaire : et comme l'art. 499 pour la faiblesse d'esprit il ne donne aucune définition de la prodigalité.

955. D'après Portalis « celui-là est considéré comme prodigue qui par de folles dissipations anéantit son patrimoine » (10). La prodigalité, disait Meslé, consiste dans la

Aubry et Rau, I, § 138, p. 862; Beudant, III, p. 611, n. 983; Laurent, V, n. 339; Huc, III, n. 542.

(1) Cass., 30 janv. 1844, S., 44. 1. 102.

(2) Cass., 5 juill. 1837, P., 38. 2. 215.

(3) Lyon, 14 janv. 1812, S. chr. — Rouen, 18 mai 1842, S., 42. 2. 524. — Paris, 11 déc. 1903, D., 06. 2. 127.

(4) Amiens, 19 janv. 1856, sous Cass., D., 57. 1. 354.

(5) Rouen, 18 janv. 1865, D., 65. 2. 226.

(6) Besançon, 2 fév. 1865, S., 65. 2. 239, D., 65. 2. 94. — Lyon, 24 juill. 1872, D., 72. 2. 191.

(7) Toulouse, 7 déc. 1906, D., 06. 5. 20.

(8) Angers, 26 mai 1896, S., 97. 2. 169.

(9) Cass., 29 août 1824, S., 34. 1. 538; 5 juill. 1837, P., 38. 2. 215; 4 juill. 1838, S., 38. 1. 651, 18 juill. 1906, D., 06. 1. 328.

(10) Locré, *Lég.*, VII, p. 331.

dissipation des biens, dans la mauvaise conduite de ceux qui, paraissant raisonnables dans leurs discours, tiennent une conduite d'insensé dans le gouvernement de leurs biens » (1). « Des dépenses désordonnées, dit Demolombe, au jeu, en festins, en habit, en chevaux, en ameublements, en présents frivoles ou honteux ; des constructions voluptuaires et extravagantes, de vaines et folles profusions, enfin, sans aucun résultat utile, ni pour la société ni pour l'individu : quelquefois des opérations évidemment mal conçues, des entreprises insensées, ou bien encore des procès sans fin et sans raison : tels sont ordinairement les principaux effets de ce fatal penchant qui conduirait si vite le prodigue à sa ruine si la loi ne l'arrêtait pas » (2).

956. Nous croyons impossible de donner une définition complète de la prodigalité dans une formule concise : la meilleure nous paraît encore être celle de Portalis : elle a dans tous les cas l'avantage de nous dévoiler l'idée du législateur, l'esprit du code : et nous y trouvons qu'un acte, pour constituer un acte de prodigalité pouvant donner lieu à dation d'un conseil judiciaire, doit présenter au moins deux caractères.

1° Il faut d'abord qu'il constitue une dépense supérieure au revenu, de telle sorte que tout le patrimoine risque d'être dissipé. En d'autres termes la prodigalité s'apprécie d'une manière toute relative eu égard aux ressources de l'individu (3).

2° Il faut en outre que cette dépense soit une dépense folle, inspirée non par le besoin, mais par le pur caprice au sens le plus général du mot : il ne suffit pas d'une simple diminution du patrimoine. C'est ainsi qu'il a été jugé que, si la passion du jeu proprement dite peut comme toutes les autres passions motiver la dation d'un conseil judiciaire, lorsqu'elle entraîne celui qui en est possédé à des pertes fatalement inévitables, on ne saurait confondre avec cette passion toujours aveugle, et donnant tout au hasard, la spéculation sur les valeurs de bourse ou autres qui exige toujours les plus

(1) Part. II, ch. X, n. 7.

(2) Demolombe, VIII, n. 692.

(3) Cass., 18 août 1884, S., 86. 1. 453. — Paris, 31 janv. 1886, S., 35. 2. 84, D., 94. 2. 233.

sérieuses combinaisons de l'intelligence, éclairée par les données sinon infaillibles du moins toujours réfléchies de l'expérience [1].

D'après ce principe, un même acte pourra constituer un acte de prodigalité pour telle personne et non pour telle autre. Les tribunaux jouiront d'un pouvoir très large d'appréciation [2].

957. D'ailleurs la loi n'a pas davantage fixé un degré de la prodigalité. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit et notamment dans la coutume de Bretagne où nul ne pouvait être déclaré prodigue s'il n'avait aliéné ou dépensé en folles dépenses au moins le tiers de ses biens [3].

958. L'institution du conseil judiciaire pour cause de prodigalité est aujourd'hui assez vivement discutée. Certains économistes la trouvent pernicieuse et certains tribunaux ont adopté leur manière de voir au point de dire que les faits de prodigalité, fussent-ils établis de la façon la plus évidente, il ne faudrait pas nommer de conseil judiciaire. On invoque d'abord l'intangibilité du droit de propriété qui est l'un des principes fondamentaux de notre état social. On porte une grosse atteinte à ce principe en enlevant à un citoyen la libre disposition de ses biens. En outre, dans l'intérêt du bien-être général, il importe que les capitaux, surtout lorsqu'ils sont considérables, ne restent pas concentrés et immobilisés dans les mêmes mains et soient au contraire mis en rapide circulation; c'est actuellement le seul moyen de faire participer le plus grand nombre à la fortune publique et de faciliter le retour à la masse de ce qui, depuis une ou plusieurs générations, en était sorti au profit d'un seul. On aboutit à cette conclusion énorme que le conseil judiciaire se comprendrait bien mieux pour l'avare « qui, en se privant sordidement

(1) Paris, 25 mars 1847, S., 98. 2. 49; Seine, 24 mai 1901, *Pand. franç.*, 03. 2. 102.

(2) Cass., 17 mars 1877, S., 77. 1. 203, D., 78. 1. 184; 16 mars 1887, S., 88. 1. 69, D., 87. 1. 24; 13 juin 1898, S., 99. 1. 29. — Cass., 21 fév. 1898, D., 99. 1. 243. — Voir Toullier, II, n. 1371; Duranton, III, n. 798; Demolombe, II, n. 694; Huc, III, n. 561; Baudant, III, n. 983.

(3) D'Argentré, sur l'art. 491 de l'ancienne coutume de Bretagne et Perchambault, sur l'art. 515 de la nouvelle.

» de tout, frustre ainsi, chose bien plus grave, la collectivité » humaine du bien-être, que, pour certains de ses membres » vivant de leur travail ou de leur industrie, elle est par la » force des choses en droit d'attendre d'une circulation au » moins normale des capitaux ».

Nous ne voulons pas rechercher ni apprécier les motifs particuliers qui ont pu inspirer de telles décisions. Nous voulons simplement d'abord protester au nom des principes juridiques : les juges sont chargés d'appliquer la loi et non de la faire; or la loi est formelle; dès qu'il y a prodigalité, il faut nommer un conseil judiciaire : ces décisions sont manifestement illégales; la loi est violée [1].

§ III. *Tout prodigue ou faible d'esprit peut-il être pourvu d'un conseil judiciaire?*

959. Nous pensons que cette mesure est applicable à tout individu sans distinction, majeur ou mineur, homme ou femme, célibataire, marié ou veuf.

960. En ce qui concerne les mineurs, la dation d'un conseil judiciaire ne sera pas inutile. S'agit-il d'un mineur émancipé, sa situation n'est pas la même absolument que celle de l'individu pourvu d'un conseil : ainsi il peut intenter toutes les actions mobilières et même les actions immobilières possessoires; il peut transiger relativement aux actes de pure administration; il peut vendre des meubles corporels : dans ces diverses opérations, il peut se montrer prodigue. La révocation de l'émancipation ne suffira pas, parce qu'il faut

[1] Même au point de vue économique nous croyons que cette théorie doit être repoussée : on dit que l'institution est défavorable à la circulation des richesses! On ne voit que l'apparence : une fois le capital dissipé qu'en restera-t-il? Rien ou presque rien, car il aura été disséminé, éparpillé entre plusieurs mains, tandis qu'en conservant cette force vive qui fournissait des revenus réguliers et en ne dépensant que ces revenus, non seulement le prodigue et les tiers en auraient profité mais encore tous les producteurs, commerçants, ouvriers, etc., etc.! Dira-t-on que cette institution est une dérogation au principe de la libre disposition des biens? C'est oublier que la liberté de la propriété ne va pas sans des restrictions forcées, des limitations tutélaires imposées soit dans l'intérêt de l'individu et de ses héritiers, soit même dans l'intérêt de la société. — Cf. en ce sens Leroy-Beaulieu, *Tr. d'éc. pol.*, IV, p. 316 s.; Jourdain, *Tr. d'éc. pol.*, p. 501; Bastiat, *Pamphlets*, XI. — En sens contraire, Cauwès, *Tr. d'éc. pol.*, n. 415 s.

empêcher qu'entre sa majorité et le moment où on lui donnerait un conseil judiciaire, il s'écoule un intervalle, si court soit-il, dont il profitera pour se ruiner. C'est cette même raison qui fait que la dation d'un conseil judiciaire peut être utile pour un mineur non émancipé bien que son incapacité soit cependant plus étendue que celle de l'individu pourvu d'un conseil. Enfin la sanction de l'incapacité n'est plus la même : les actes passés par le prodigue ou le faible d'esprit seront nuls de droit ; il y a certains actes pour lesquels le mineur, au contraire, ne sera restitué qu'autant qu'il aura été lésé [1].

961. Nous en dirons autant de la femme mariée. La dation d'un conseil judiciaire à une femme mariée n'est pas inutile, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial adopté. Cela est incontestable lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens ; la femme administre alors son patrimoine et en jouit ; à ce titre, elle accomplit des actes importants qui peuvent compromettre sa fortune et où elle peut se révéler prodigue ou faible d'esprit. De même pour la femme dotale qui conserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux. Même sous le régime de la communauté où cependant le rôle de la femme est bien effacé, cette mesure de protection pourra lui être d'une grande utilité lorsqu'elle se livrera à de folles dépenses, avec l'assentiment et quelquefois même sur les conseils de son mari qui l'associera à ses dissipations personnelles ; c'est contre son mari lui-même qu'il faudra alors la protéger. Enfin quel que soit le régime, la dation d'un conseil sera utile à la femme, lorsque le mari sera absent ou pourvu lui-même d'un conseil judiciaire [2].

(1) Rennes, 16 déc. 1833, P. chr. — Bourges, 5 mai 1846, S., 46. 2. 329, D., 46. 2. 231. — Paris, 31 janv. 1894, S., 95. 2. 84, D., 94. 2. 233. — *Sic* Merlin, v° *Prodigue*, § 1 ; Demolombe, VIII, n. 423 et 696 ; Huc, III, n. 542 ; Aubry et Rau, I, § 138, p. 864.

(2) Cass., 9 mai 1829, S., chr. ; 4 juillet 1838, S., 38. 1. 653 ; 12 mars 1877, S., 77. 1. 250, D., 78. 1. 184. — Rennes, 7 déc. 1840, S., 41. 2. 423. — Montpellier, 14 déc. 1841, S., 42. 2. 310. — Paris, 7 janv. 1856, S., 56. 2. 223, D., 56. 2. 138 ; 4 août 1866, S., 67. 2. 132 ; 29 avril 1875, S., 75. 2. 138, D., 76. 2. 238. — Demolombe, VIII, n. 691 ; Laurent, V, n. 346 ; Aubry et Rau, I, p. 864, § 138 ; Huc, III, n. 542, Laurent, V, n. 346.

En ce qui concerne les conséquences de la dation d'un conseil au mari ou à la femme, v. notre traité *Des personnes*, I, n. 2287 et 2288.

962. Enfin nous croyons que la nomination d'un conseil peut être utile même pour une personne dont la fortune est modique ou se réduit à une rente viagère. Pourquoi, dit-on, essayer de sauvegarder un patrimoine qui n'existe pas ? Sans doute, mais un patrimoine pourra survenir à cette personne. C'est pour ce motif qu'il a été jugé que l'état de faillite d'un commerçant ne fait pas obstacle à ce qu'il lui soit donné un conseil judiciaire, lorsque par ses prodigalités il peut compromettre sa situation dans l'avenir, au cas où cet état de faillite viendrait à cesser (1).

Un étranger peut-il être en France pourvu d'un conseil judiciaire? Comme nous l'avons dit (*suprà*, n. 808, cette question rentre dans la question plus générale de la compétence des tribunaux français pour les questions relatives à l'état et à la capacité des étrangers. Elle est très controversée. Pour la dation d'un conseil judiciaire, la jurisprudence s'est prononcée négativement (2).

SECTION II

QUI PEUT PROVOQUER LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

963. L'art. 514 confère ce droit aux mêmes personnes qui peuvent provoquer l'interdiction. Ce sont donc :

1° *Le conjoint*. V. *suprà*, n. 816.

2° *Les parents*. V. *suprà*, n. 809. Les alliés sont donc exclus. Si le descendant qui veut provoquer cette nomination est mineur, ce sera le tuteur qui agira, sans qu'il ait besoin, d'ailleurs, de l'autorisation du conseil de famille (3).

(1) Poitiers, 12 juin 1889, *Journal des faillites*, 1890, p. 271. — Trib. Seine, 14 déc. 1893, *Le Droit*, 25 janv. 1894.

(2) Alger, 4 mars 1874, S., 74. 2. 102, D., 75. 2. 62. — Lyon, 4 mars 1889, D., 89. 2. 273.

(3) Cass., 9 fév. 1863, S., 63. 1. 16, D., 63. 1. 278; 20 janv. 1875, S., 75. 1. 217, D., 76. 1. 29. — Lyon, 24 fév. 1859, S., 59. 2. 655. — Caen, 21 mars 1861, S., 62. 2. 484.

964. 3° *Le ministère public.* Le droit d'agir du ministère public est discuté. Un parti important de la doctrine lui dénie cette qualité, invoquant l'art. 491, d'après lequel le droit du ministère public de provoquer l'interdiction est strictement limité aux hypothèses où l'ordre public est intéressé [1].

Nous préférons l'opinion contraire qui accorde ce droit au ministère public à l'égard d'un individu qui n'a ni époux ni parents connus. L'art. 514 ne fait aucune distinction, et même lors de la discussion de cet article au conseil d'Etat, on rejeta une proposition du Tribunat qui voulait qu'on exceptât le commissaire du Gouvernement (Locré, *Lég.*, VII, p. 347, n. 12); l'art. 514 renvoie donc purement et simplement à l'art. 491 qui donne ce droit au ministère public quand il n'y a ni conjoint ni parents connus [2].

965. 4° *Peut-on se faire nommer un conseil judiciaire?* La question était discutée dans l'ancien droit [3]. On décide généralement aujourd'hui que, de même qu'on ne peut pas provoquer sa propre interdiction, on ne peut pas davantage se faire nommer un conseil judiciaire. D'abord, le projet du code civil portait un chapitre intitulé *Du conseil volontaire;* ce chapitre a été supprimé. Puis, ce serait favoriser la fraude en donnant aux prodigues un moyen de faire tomber des engagements contractés antérieurement au jugement et auxquels ils n'auraient pas donné date certaine [4].

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Interdict.*: Toullier, II, n. 1372; Duranton, III, n. 803; Zachariæ, I, n. 274; Chardon, *Puissance tutélaire*, n. 262.

[2] Rouen, 5 déc. 1853, S., 55. 2. 561, D., 54. 2. 123. — *Sic* Taulier, II, p. 132; Marcadé, sur l'art. 514; Demante, II, p. 286 *bis*; Demolombe, VIII, n. 703; Aubry et Rau, I, § 138, p. 863, note 6; Laurent, V, n. 343; Huc, III, n. 541.

[3] Merle, part. II, chap. XIII, n. 12; Brodeau sur Louet, liv. V, somm. 16, n. 9; Nouveau Denizart, v° *Conseil nommé par justice*, § 2, n. 1.

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue*, § 8; Duranton, III, n. 804; Toullier, II, n. 1373, note a; Delvincourt, I, p. 131, note 3; Valette sur Proudhon, II, p. 521; Demolombe, VIII, n. 474, 501 et 703 *bis*; Aubry et Rau, I, § 138, p. 864; Laurent, V, n. 344. — *Contra* Toullier, II, n. 1373; Zachariæ, § 139, texte et note 6; Chardon, *Puissance tutélaire*, n. 263.

SECTION III

PROCÉDURE A SUIVRE POUR LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE DÉSIGNATION DU CONSEIL

966. Procédure. — La demande en nomination de conseil judiciaire doit être instruite et jugée de la même manière que la demande en interdiction. Art. 514. Voyez *suprà*.

C'est ainsi qu'il faudra prendre l'avis du conseil de famille [1].

Bien qu'on n'aperçoive que difficilement l'utilité de l'interrogatoire du prodigue, le renvoi de l'art. 514 à la procédure d'interdiction étant absolument général, il faudra y procéder et cela à peine de nullité, cette formalité étant essentielle. L'art. 514 a même tranché sur ce point une ancienne controverse : plusieurs coutumes en effet proscrivaient cette formalité, et certains parlements avaient refusé d'y procéder, les preuves de la prodigalité devant se chercher non dans la personne du défendeur mais dans les actes qu'il a pu passer et qui doivent être constants indépendamment de tout ce qu'il pourrait nier ou avouer [2].

Aux termes de l'art. 515 : « *Aucun jugement en matière* » *d'interdiction ou de nomination de conseil ne pourra être* » *rendu soit en première instance, soit en cour d'appel que* » *sur les conclusions du ministère public* ».

La décision qui porte nomination d'un conseil judiciaire est soumise à la même publicité que la décision qui prononce l'interdiction (art. 896 C. pr. civ. et art. 2 l. 16 mars 1893). Les voies de recours sont les mêmes qu'en matière d'interdiction.

967. *Conseil provisoire.* — Pour éviter les inconvénients

[1] Cass., 8 juin 1847, S., 48. 1. 77; 16 mars 1887, S., 88. 1. 69, D., 87. 1. 211. — Lyon, 24 fév. 1859, S., 59. 2. 655.

[2] Cass., 4 juill. 1838, S., 38. 1. 654; 26 janv. 1848, S., 48. 1. 177, D., 48. 1. 63; 29 avril 1868, S., 68. 1. 324, D., 69. 1. 229; 7 déc. 1868, S., 69. 1. 119, 16 mars 1887, S., 88. 1. 69, D., 87. 1. 211. — *Sic* Locré *Lég.*, VII, p. 377, note 11; Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue*, § 2, n. 4; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 264; Marcadé, sur l'art. 514; Aubry et Rau, I, § 138, p. 865; Demolombe, VIII, n. 703. — V. aussi Laurent, V, n. 347.

de la longueur des débats et empêcher que le prodigue n'en profite pour dissiper sa fortune ou la transformer en valeurs mobilières faciles à dissimuler, on est d'avis que l'on pourra, après le premier interrogatoire, lui désigner un conseil provisoire ; on applique par analogie l'art. 497. C'est une mesure facultative, mais qui peut être très utile, la dation d'un conseil judiciaire ne produisant effet que du jour du jugement. Evidemment les pouvoirs de ce conseil ne seront pas plus étendus que ceux du conseil définitif (1).

Cette solution a cependant fait l'objet d'une légère controverse. L'art. 497, a-t-on dit, vise exclusivement l'hypothèse d'un aliéné défendeur à une demande d'interdiction. Remarquons, en effet, tout d'abord que cet article charge l'administrateur provisoire de prendre soin de la personne du défendeur et non pas seulement de ses biens : ceci se comprend quand il s'agit d'un aliéné, mais non quand il s'agit d'un prodigue. D'autre part le but des deux institutions n'est pas le même : l'interdiction aboutira à enlever à celui qui en est l'objet la gestion totale de son patrimoine : rien d'extraordinaire, par conséquent, à ce que l'on fasse provisoirement ce qui ne tardera pas à devenir définitif; mais en matière de conseil judiciaire il n'en est plus ainsi : on n'enlèvera pas à celui à qui on va le donner la gestion de son patrimoine; on se contentera de lui interdire les actes de disposition : dès lors pourquoi soumettre son patrimoine à un régime provisoire plus sévère que le régime qui sera la conséquence de la nomination du conseil judiciaire (2)?

Malgré ces arguments qui ont leur valeur, on s'accorde en général pour étendre la disposition de l'art. 497 à l'instance en dation du conseil judiciaire : l'art. 514 est formel, et l'intention du législateur n'est pas douteuse : il importe de mettre au plus tôt un frein à la dissipation du prodigue d'autant plus qu'averti par la demande il s'empresserait de mettre à profit les lenteurs de la procédure pour se livrer aux actes les plus fous. On dit que l'art. 497 ne pourra pas d'ail-

(1) Cass., 29 avril 1896, D., 95. 1. 875.
(2) Massiddon, p. 714.

leurs recevoir d'application en ce que le conseil provisoire ne pourrait pas s'occuper de la personne du prodigue : oui, assurément ponr le prodigue, mais on oublie que le conseil judiciaire n'est pas donné qu'aux prodigues mais aussi aux faibles d'esprit et pour ceux là l'art. 497 peut s'appliquer intégralement même en ce qui concerne les soins à donner à sa personne [1].

967 *bis*. Mais quels seront les pouvoirs de cet administrateur provisoire ? Comme on l'a fait observer dans l'opinion précédente, on ne peut songer à lui donner les pouvoirs qu'il aura en matière d'interdiction, car on ferait ainsi au prodigue ou au faible d'esprit un sort plus rigoureux que celui qu'il subira une fois en puissance de conseil. Par conséquent l'administrateur n'aura pas plus de pouvoirs que le conseil judiciaire définitif : ce sera une sorte de conseil provisoire [2].

968. Désignation du conseil judiciaire. — La désignation du conseil judiciaire appartient exclusivement au tribunal : le texte de l'art. 513 est formel. Le conseil ne peut être ni testamentaire ni légitime ; il ne peut être que *judiciaire* [3].

Un arrêt de la cour de Nancy a cependant, en appliquant par analogie l'art. 506, décidé que le mari était conseil légal de sa femme [4]. Cette solution ne peut être admise : la nomination du conseil est une chose très délicate : il est essentiel que l'on choisisse quelqu'un d'impartial et sans parti pris ; le mari pourra ne pas toujours présenter ces garanties. De plus il peut arriver que le mari soit sinon l'instigateur du moins le complice des prodigalités de sa femme : il convient alors de ne pas le nommer conseil judiciaire. Il faut donc que le tribunal puisse apprécier : il n'est pas douteux qu'il

[1] Cass., 29 avril 1885, S., 86. 1. 157, D., 85. 1. 375. — Caen, 28 juin 1827, D., 30. 2. 151. — Bordeaux, 27 fév. 1878, S., 78. 2. 182, D., 79. 2. 120. — Paris, 3 mars 1882, S., 82. 2. 163. — Nancy, 27 janv. 1900, S., 01. 2. 305. — Huc, III, n. 541, p. 536 ; Demolombe, VIII, n. 772.

[2] Cass., 29 avril 1885, *préc.* — Bourges, 31 janv. 1883, sous Cass., 29 av. 1885. Huc, III, n. 536 ; Demolombe, VIII, n. 772. — Cf. cep. Paris, 6 juillet 1899, S., 1900. 2. 115. Mais cet arrêt tranche plutôt une question d'appellation : il faut dire administrateur au lieu de conseil judiciaire provisoire.

[3] *Contrà* Riom, 4 mai 1825, S. chr.

[4] Nancy, 3 déc. 1838, S., 39. 2. 283.

est à souhaiter pour la dignité du mariage et la concorde du ménage que le mari soit le plus souvent conseil de sa femme [1].

On décide en général que la femme ne saurait être nommée conseil de son mari : il y aurait là une situation incompatible avec l'incapacité de la femme qui ne pourrait être chargée d'assister son mari pour des actes qu'elle-même ne pourrait faire sans son autorisation [2].

Quoi qu'il en soit, les tribunaux sont souverains maîtres. Ils peuvent choisir un étranger ou un parent. Dans la pratique on s'adresse le plus souvent à un étranger, de préférence à un homme exercé dans les affaires.

C'est ainsi, spécialement, que le tribunal pourra désigner un conseil judiciaire autre que la mère et dont le choix se trouve justifié par la possibilité d'une opposition d'intérêts entre la mère et le fils dont les biens sont indivis [3].

969. La fonction du conseil judiciaire est-elle obligatoire? L'affirmative est soutenue par certains arrêts et quelques auteurs : on dit qu'il s'agit d'une charge publique qui répond à un besoin social comme la fonction de tuteur, et que la loi peut imposer au même titre [4]. A notre avis on peut toujours refuser la charge de conseil judiciaire : nulle part la loi n'a imposé cette charge, et, si elle avait voulu le faire, elle n'aurait pas manqué d'admettre des causes d'excuse. D'ailleurs la nomination est faite par la justice et non par la famille : on ne saurait donc appliquer les règles de la tutelle, c'est plutôt un mandat que l'on est libre par conséquent d'accepter ou de refuser, dont on peut se démettre et qui peut être révoqué par le tribunal [5].

Lorsque le conseil en fonctions se démettra, ou encore lorsqu'il mourra, il y aura lieu de pourvoir à son remplacement : c'est au tribunal qui a nommé le premier conseil de désigner le second. Il en sera de même dans les cas où il

[1] Poitiers, 18 mai 1881, D., 82. 2. 247.

[2] Trib. civ. Seine, 16 janv. 1861, S., 62. 2. 233, D., 62. 3. 59.

[3] Cass., 18 juil. 1905, S., 06. 1. 456.

[4] Bordeaux, 14 août 1823, S. chr. — Nancy, 26 nov. 1868, S., 70. 2. 184. D., 69. 2. 203. — Toulouse, II, p. 122; Demante, II, n. 285 *bis*, II.

[5] Chardon, *Puiss. Intél.*, n. 266; Valette, p. 382, 383; Demolombe, VII, n. 86 et 87, et VIII, n. 110; Aubry et Rau, I, § 139, p. 868, texte et note 3.

sera nécessaire de désigner un curateur *ad hoc* (en cas d'empêchement momentané, en cas d'opposition d'intérêts du prodigue et du conseil, en cas de refus d'assistance). Mais comme l'incapacité est déjà publique il n'est plus nécessaire, croyons-nous, que le tribunal statue en audience publique et il suffira que la nomination ait lieu en chambre du conseil [1].

SECTION IV

FONCTIONS ET RESPONSABILITÉ DU CONSEIL JUDICIAIRE

§ I. *Fonctions du conseil judiciaire.*

970. D'après les termes mêmes de la loi, le conseil judiciaire *assiste* le prodigue, mais ne le représente pas. Sa fonction se rapproche donc de celle du tuteur romain, *qui auctoritatem interponebat* ou encore de celle du curateur à l'émancipation.

Le code n'indique pas comment l'assistance devra être donnée : faudra-t-il une véritable coopération, une participation effective du conseil à l'acte, ou bien une simple autorisation suffit-elle ? Après bien des hésitations on a adopté, comme pour le curateur du mineur émancipé, une distinction entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires :

1° S'agit-il d'actes judiciaires, il faut le concours effectif, la participation du conseil à la procédure : on suit rigoureusement l'expression du code : il ne s'agit pas d'une simple autorisation mais bien d'une véritable coopération [2].

(1) Trib. Dijon, 13 nov. 1866, S., 67. 3. 197, D., 67. 3. 5.

(2) Cass., 8 déc. 1841, S., 42. 1. 60, P., 41. 2. 721 ; 27 déc. 1843, S., 44. 1. 336, P., 44. 1. 370 ; 1er fév. 1876, S., 76. 1. 153, P., 76. 3. 66, D., 76. 1. 80. — Nancy, 24 fév. 1892, D., 92. 2. 203. — Trib. Seine, 28 oct. 1869, D., 69. 3. 90. — *Sic* Marcadé, sur l'art. 513, n. 3 ; Delvincourt, I, p. 234 ; Demante, II, n. 285 *bis*, VII ; Demolombe, II, n. 752 s. ; Aubry et Rau, I, § 139. — V. *suprà*, n. 731. — V. cep. Duranton, III, n. 805 ; Magnin, *Tr. des mon.*, I, n. 900 ; Delsol, *Explicat. élém. du code civil*, I, p. 381 ; Toullier, n. 1782 ; Laurent, V, n. 360 et ce qui sera dit *infra*, n. 986 s. — Jugé spécialement que le conseil judiciaire ne représentant pas le prodigue ni pour agir ni pour défendre en justice au nom de celui-ci et en son absence, l'appel fait contre le conseil judiciaire demeure inopérant et sans utilité, tout débat étant impossible avec lui, dès lors que le prodigue n'a pas été mis en cause ou ne l'a pas été valablement devant les juges du second degré. — Grenoble, 4 nov. 1904, D., 1906. 1. 277.

2° Au contraire pour les actes extrajudiciaires on se contente de la simple approbation du conseil : mais encore faut-il que cette approbation soit antérieure à l'acte : sinon l'acte étant déjà infecté de nullité, l'approbation ne saurait enlever son action en nullité au prodigue : il y aurait là une sorte de ratification qui nécessiterait, pour sortir à effet, l'adhésion du prodigue (1).

Cette distinction ne se trouve nulle part dans le code, qui exige dans tous les cas l'*assistance* du conseil ; elle peut cependant se justifier par des raisons d'utilité pratique ; il ne faut pas en effet que le système de protection organisé par le code se retourne contre le prodigue ; or il pourra arriver que celui-ci puisse consentir des opérations urgentes et avantageuses, que pourrait rendre impossibles l'éloignement du conseil.

971. Dans quelque forme qu'intervienne cette assistance elle doit être spéciale, c'est-à-dire donnée pour chaque affaire et chaque contrat, successivement et séparément pour chaque acte : une autorisation générale serait impossible et de là cette conséquence importante que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas, même avec l'assistance de son conseil, être commerçant (2), ni faire partie d'une société commerciale comme associé en nom collectif ou comme gérant (3). Par suite, il n'est pas justiciable des tribunaux de commerce (4) et ne peut être déclaré en faillite (5).

972. Elle doit être également désintéressée, c'est-à-dire que le conseil ne saurait valablement habiliter l'incapable dans une affaire où lui-même serait intéressé. C'est pourquoi le tuteur qui devient conseil judiciaire de son pupille ne pourra lui rendre ses comptes de tutelle qu'en le faisant

(1) Cf. Démolombe, *loc. cit.*

(2) Paris, 22 déc. 1862, S., 63. 2. 30. — Angers, 10 fév. 1865, S., 65. 2. 163, D., 65. 2. 63. — Cass. belge, 17 déc. 1889, S., 90. 4. 4, D., 91. 2. 355. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 700 ; Massé, *Dr. comm.*, II, n. 1101 ; Laurent, V, n. 351 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, I, n. 160.

(3) Cass., 3 déc. 1850, S., 50. 1. 777, D., 51. 1. 42 ; 28 mars 1892, S., 93. 1. 461, D., 92. 1. 356. — *Sic* Lyon-Caen et Renault, II, n. 471. — *Contrà* Paris, 12 août 1848, S., 48. 2. 608, D., 48. 2. 191.

(4) Angers, 10 fév. 1865, précité.

(5) Cass., 3 déc. 1850, précité.

assister d'un conseil *ad hoc*. Il en sera de même dans tous les cas où les intérêts du conseil et ceux de l'incapable seront en opposition [1].

973. Enfin l'autorisation doit intervenir antérieurement à l'acte ou au moment de l'acte au plus tard. Si elle intervenait après, ce serait une ratification de l'acte : mais une telle ratification ne saurait enlever à l'incapable son action en nullité : il n'en serait ainsi que s'il ratifiait en même temps [2].

974. Supposons que le conseil judiciaire refuse abusivement de prêter son concours au prodigue ou au faible d'esprit. Ce refus peut donner lieu à un recours devant les tribunaux ; car il n'est pas admissible que, par son mauvais vouloir, le conseil judiciaire puisse rendre impossible l'accomplissement d'actes qu'exige l'intérêt du prodigue ou du faible d'esprit. Mais le tribunal ne peut pas autoriser lui-même l'acte pour lequel le conseil refuse son concours [3]. Tout ce qu'il peut faire, s'il juge le refus du conseil mal fondé, c'est lui enjoindre de prêter son assistance et au besoin procéder à son remplacement [4] ou nommer un conseil judiciaire *ad hoc*. Ce conseil *ad hoc* devra prêter son assistance pour l'acte dont il s'agit. Toutefois, si c'est une instance, il demeurera libre de prendre telles conclusions qu'il avisera [5].

D'ailleurs, les tribunaux sont souverains appréciateurs des motifs qui peuvent pousser le conseil à refuser son assistance [6].

§ II. *Responsabilité du conseil judiciaire.*

975. La responsabilité du conseil judiciaire est diversement appréciée par les auteurs.

(1) Cass., 13 juin 1860, S., 61. 1. 137. D., 60. 1. 503. — *Sic* Aubry et Rau, I, § 139, p. 870.

(2) Toullier, II, n. 1380 ; Duranton, III, n. 807 ; Demolombe, VIII, n. 759. Aubry et Rau, I, § 139, p. 870.

(3) Cass., 10 nov. 1897, S., 1901. 1. 524. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 762. Aubry et Rau, I, § 139, p. 871 ; Huc, III, n. 544. — *Contra* Mazeau, I, n. 900 ; Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 278.

(4) Liège, 12 juil. 1882, S., 82. 2. 47. D., 84. 2. 289.

(5) Paris, 31 janv. 1888, S., 88. 2. 191 ; 25 mars 1890, S., 90. 2. 197.

(6) Cass., 16 mai 1899, S., 99. 1. 500.

Pour certains, le conseil judiciaire ne serait responsable que de son dol et de sa faute lourde [1]. Telle est notamment l'opinion de Demolombe qui parle cependant de faute inexcusable et renvoie au conseil de tutelle qu'il déclare responsable comme un mandataire : d'autre part, à un autre endroit (t. VIII, n. 710), il considère le conseil judiciaire comme une sorte de mandataire. Son opinion n'est donc pas bien nette.

976. Nous croyons qu'une analyse plus précise doit amener à une autre conclusion. Sans doute, on ne saurait assimiler complètement le conseil judiciaire au mandataire ; on sait en effet qu'il ne représente pas ; mais cependant le rôle du conseil se rapproche beaucoup de celui du mandataire. Par conséquent il sera responsable comme un mandataire de ses fautes (art. 1992) mais comme la fonction est gratuite il ne répondra que de sa *culpa levis in concreto*. La responsabilité du droit commun (art. 1382 et 1383) est insuffisante : on peut demander davantage au conseil judiciaire qui est en quelque sorte lié par un contrat tacite, ayant accepté la mission de confiance que le tribunal lui a attribuée [2].

977. Quoi qu'il en soit, le conseil judiciaire n'administre pas : il n'est donc tenu d'aucune comptabilité et ne doit de comptes ni au cours ni à la fin de sa mission. Ses biens ne sont pas frappés d'hypothèque.

SECTION V

EFFETS DE LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE. INCAPACITÉ DE L'INDIVIDU QUI EN EST POURVU

978. Qu'il s'agisse des faibles d'esprit ou des prodigues, l'effet de la nomination d'un conseil judiciaire est le même : l'individu qui en est pourvu devient incapable pour certains actes (art. 499 et 513).

La dation d'un conseil judiciaire n'a aucune influence sur le gouvernement de la personne de l'incapable.

[1] Paris, 31 janv. 1876, D., 77. 2. 48, S., 77. 2. 149 ; 16 janv. 1890, D., 92. 2. 209. — Demolombe, VIII, n. 710. Aubry et Rau, I, § 139, p. 872.
[2] Laurent, V, n. 556 ; Baudrit, III, p. 620, n. 990.

§ I. *Caractère de cette incapacité.*

979. L'incapacité du faible d'esprit ou du prodigue consiste en ce qu'ils ne pourront faire certains actes sans l'assistance de leur conseil; l'incapacité est donc une incapacité restreinte aux actes les plus importants de la vie.

Elle diffère sensiblement de l'incapacité de l'interdit : celle-ci est d'abord à peu près générale et de plus elle se manifeste par la représentation de l'interdit par son tuteur. Au contraire le conseil judiciaire joue un rôle tout à fait secondaire, et de là pas de comptes à rendre, pas d'hypothèque légale, pas de subrogé conseil pour surveiller le conseil qui ne gère pas.

En revanche cette incapacité se rapproche beaucoup de celle du mineur émancipé et cette ressemblance a été signalée lors des travaux préparatoires par les observations de la section de législation : « La section a pensé que l'interdit devait être assimilé à un mineur non émancipé et que celui à qui on donne un conseil devait être comparé à un mineur émancipé » (Locré, VII, p. 345). Il ne faudrait cependant pas exagérer cette analogie, le caractère des deux incapacités est différent et on peut déterminer cette différence en disant que pour le faible d'esprit ou le prodigue en puissance de conseil la capacité est la règle, l'incapacité l'exception; on ne lui interdit que les actes dangereux, pour les autres, il rentre dans le droit commun; au contraire le mineur émancipé est, avant tout, mineur, par conséquent un incapable dont on augmente, dans une certaine mesure, la capacité, mais qui, pour beaucoup d'opérations, reste soumis aux règles qui gouvernent le mineur non émancipé (art. 484-1°).

§ II. *Etendue de l'incapacité.*

980. Dans les art. 499 et 513 la loi interdit au faible d'esprit et au prodigue d'accomplir certains actes sans l'assistance de leur conseil : « *plaider, transiger, emprunter, recevoir* » *un capital mobilier, en donner décharge, aliéner, grever* » *leurs biens d'hypothèques* ».

Ces deux articles emploient exactement les mêmes expres-

sions : il n'y a aucune différence entre le faible d'esprit et le prodigue, les mêmes actes leur sont défendus.

981. Cependant les deux causes pour lesquelles la loi autorise la nomination d'un conseil judiciaire, n'ont pas le moindre rapport l'une avec l'autre. D'un autre côté il y a des variantes infinies dans la faiblesse d'esprit. Des situations aussi diverses semblaient appeler des mesures de protection différentes, et cependant le remède est le même dans tous les cas ! Il est donc à craindre que souvent il ne soit pas adéquat au mal. Cet inconvénient serait très sensiblement diminué, si le juge, en nommant un conseil judiciaire, pouvait comme sous l'ancienne jurisprudence faire un triage entre les divers actes énumérés par les art. 499 et 513, et en interdire au prodigue ou au faible d'esprit quelques-uns seulement sans l'assistance de son conseil, ceux qui lui sembleraient le plus en rapport avec l'infirmité morale à laquelle il s'agit de remédier. Quelques auteurs pensent que ce droit appartient au juge [1]. Les termes de la loi, disent-ils, ne résistent nullement à cette solution que la raison réclame impérieusement. D'ailleurs qui peut le plus peut le moins. En pratique, il est vrai, ce système est susceptible de présenter un inconvénient : c'est d'établir mille nuances dans la situation des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, de sorte que les tiers qui voudront contracter avec elles ne sauront jamais à quoi s'en tenir sur leur capacité. Mais l'inconvénient n'est pas aussi grave qu'il le paraît au premier abord : car les tiers sauront au moins une chose, c'est que l'assistance du conseil ne peut être requise que pour les actes énumérés par les art. 499 et 513 (le juge n'aurait certainement pas le droit de soumettre le prodigue ou le faible d'esprit à l'autorité de son conseil pour d'autres actes, tout le monde est d'accord sur ce point) ; ils exigeront donc l'assistance du conseil toutes les fois qu'il s'agira d'un de ces actes, et le prodigue ou le faible d'esprit ne pourra se soustraire à la nécessité de cette assistance qu'en prouvant, par la présentation du jugement qui lui nomme un conseil, que l'assistance n'est pas requise pour

[1] Laurent, V, n. 58, p. 46.

l'acte dont il s'agit. — Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires, la solution contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence [1]. On dit, mais il faudrait le démontrer, que les restrictions apportées à la capacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont indivisibles, et que le juge ne peut pas modifier les règles établies souverainement par la loi, parce que tout ce qui touche à la capacité des personnes est d'ordre public.

982. Ainsi donc l'énumération de la loi s'impose telle qu'elle est sans augmentation ni restriction possibles de la part du juge. Il ne faudrait pas cependant interpréter servilement le texte et ne faire tomber sous l'application de ces articles que les opérations qui présentent exactement les caractères des actes qui y sont prévus; il faut, avant tout, interpréter la pensée du législateur et appliquer par suite ces textes aux actes analogues. D'autre part, il est possible que l'incapable cache sous un acte qu'il pourrait faire une opération qui exigerait l'assistance de son conseil; ainsi un bail à long terme, passé pour éluder la prohibition d'aliéner ou d'emprunter; il est bien certain que cette simulation ne le soustraira pas aux dispositions des articles 499 et 513 [2].

N° 1. Actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire sans l'assistance de son conseil.

983. Nous examinerons d'abord les actes prévus expressément par la loi et ensuite ceux auxquels il faut étendre la prohibition des articles 499 et 513.

984. I. **Actes prévus par la loi.** — 1° *Défense de plaider.* La défense est absolument générale; il faut donc interpréter le mot « plaider » de la façon la plus large. Voici les conséquences de cette idée.

985. A. Le rôle du prodigue ou du faible d'esprit importe peu; il lui est défendu de plaider, qu'il soit demandeur ou défendeur. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit où on lui

[1] Bordeaux, 27 fév. 1878, S., 78. 2. 182, D., 79. 2. 120. — Sic Toullier, II, n. 1378; Duranton, III, n. 799; Demolombe, VIII, p. 720; Aubry et Rau, I, § 149, p. 872; Huc, III, n. 544.

[2] Cass., 14 juillet 1875, S., 75. 1. 463, D., 76. 2. 202.

permettait de défendre sans l'assistance de son conseil [1]. Le projet de l'article 513 avait même fait cette distinction, mais sur les observations du Tribunat, on remplaça le mot « *intenter procès* » par le mot *plaider* plus général [2].

986. B. Peu importe encore le degré de juridiction. L'assistance du conseil sera nécessaire en appel et en cassation, comme en première instance [3].

Rigoureusement ce serait le prodigue qui devrait interjeter appel en se faisant assister de son conseil : les jurisprudences française et belge admettent une atténuation importante à ce principe. Elles ont pensé que l'assistance du conseil serait rendue illusoire si le conseil ne pouvait user lui-même des moyens de défense et de recours que commande l'intérêt du prodigue et dont celui-ci peut négliger ou refuser d'exciper : aussi a-t-il été jugé que le conseil pourrait de lui-même interjeter appel, sauf ensuite à l'assigner devant la cour en

[1] Nouveau Denizart, *Conseil nommé par justice*, § 2, n. 6.

[2] Douai, 7 mars 1881, S., 81. 2. 137; Nancy, 24 février 1892, D., 92. 2. 293. — *Sic* Laurent, V, n. 361; Aubry et Rau, I, § 140, p. 873; Huc, III, n. 546.

[3] Cass., 13 fév. 1844, S., 44. 1. 348; Limoges, 2 juin 1856, S., 56. 2. 601; Paris, 22 déc. 1862, S., 62. 2. 30; Poitiers, 7 août 1867, S., 68. 1. 429, D., 69. 1. 268; Nancy, 24 fév. 1892, D., 92. 2. 293. — Aubry et Rau, I, § 140, p. 873. — Nous croyons cependant qu'il faut faire une distinction entre l'acte d'appel et l'instance d'appel, d'une façon plus générale entre les actes judiciaires conservatoires (exploit introductif, acte d'appel, requête, opposition à commandement) et les instances proprement dites. Quand les art. 499 et 513 disent « *plaider* », ils visent, croyons-nous, le procès lui-même; mais les actes conservatoires sont valablement faits sans l'assistance du conseil; de ce que par exemple l'exploit introductif ou l'acte d'appel ne mentionnent pas l'intervention du conseil judiciaire, il ne s'ensuit pas qu'ils ne produiront pas tous leurs effets, notamment que l'exploit n'interrompra pas la prescription, ou encore que l'acte d'appel n'empêchera pas la déchéance résultant de l'expiration du délai. Par conséquent, si le conseil est régulièrement présent à l'instance proprement dite, l'incapable ne pourra pas demander la nullité sous le prétexte que l'acte introductif ne mentionnait pas son intervention. Mais il ne suffirait pas de dire que cette conséquence provient de ce que la nullité n'est édictée qu'au profit de l'incapable, que lui seul peut s'en prévaloir, le défendeur ayant simplement le droit de lui opposer une fin de non recevoir; avec cette théorie, en effet, l'incapable pourrait invoquer la nullité du procès, même si le conseil intervenait ensuite à l'instance même, ce que nous n'admettons pas. Cette question a une grande importance, car il se peut que le conseil refuse son assistance, ou soit matériellement empêché, et qu'il soit urgent d'agir pour conserver les droits de l'incapable (V. Laurent, V, n. 362. — Bruxelles, 24 déc. 1851, D., *Rép.*, v° *Interdit*, n. 222. — Poitiers, 7 août 1867, précité. — V. aussi Cass., 27 juin 1884, S., 85. 1. 34, D., 85. 1. 125. — Cass., 4 nov. 1901, D., 1902. 1. 185.

déclaration de jugement commun. Nous aurons à examiner si l'intérêt du prodigue et le but poursuivi par la loi justifient une telle dérogation aux principes ([1]-[2]).

987. C. L'objet du procès est indifférent. *a*) Il n'y a pas à distinguer par conséquent suivant qu'il s'agit de matière mobilière ou immobilière : sur ce point la capacité de l'individu pourvu d'un conseil est plus restreinte que celle du mineur émancipé ([3]). *b*) Pour la même raison cette interdiction s'impose aussi bien pour les contestations relatives à la personne que pour celles relatives aux biens : ainsi il ne pourra plaider en divorce ou en séparation de corps ([4]), ni en main-levée d'une opposition au mariage, bien que cependant il puisse se marier sans l'assistance de son conseil ([5]).

988. A ce point de vue cependant, le principe souffre quelques exceptions. L'individu pourvu d'un conseil pourra tout d'abord interjeter appel du jugement qui lui a nommé ce conseil, ou encore demander la main-levée de son incapacité. Ensuite la jurisprudence admet qu'il pourra également défendre seul à une demande en interdiction dirigée contre lui et surtout interjeter appel du jugement qui a prononcé l'interdiction ([6]). Cette théorie nous paraît fort contestable, la prohibition de l'art. 513 étant générale. On dit que les

([1]) Paris, 27 août 1855, S., 55. 2. 678, P., 56. 1. 405. — Paris, 7 mars 1895, D., 95. 2. 425. — Cass. Belg., 1er juil. 1897, *Pasicr.*, 97. 1. 242. — Cass. Belg., 2 nov. 1900, D., 02. 2. 349, et pour l'opposition, Cass., 8 déc. 1841, S., 42. 1. 60, P., 41. 2. 721 ; 27 déc. 1843, S., 44. 1. 346, P., 44. 1. 370. — Demolombe, *Minorité*, II, n. 764 ; Aubry et Rau, I, p. 869 et 870, § 139.

([2]) V. *infrà*, n. 997 s.

([3]) Cass., 6 déc. 1867, S., 68. 1. 10, D., 67. 1. 482. — Paris, 22 déc. 1862, S., 63. 2. 30. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 723 ; Planiol, I, n. 2703.

([4]) Amiens, 9 juill. 1873, S., 73. 2. 225 ; 21 juill. 1880, S., 82. 2. 76. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 724 ; Laurent, V, n. 361 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 873 ; Huc, III, n. 545. — V. cep. Carpentier, *Tr. théor. et prat. du divorce*, n. 69, et pour la demande de conversion de la séparation de corps en divorce, Paris, 25 mars 1890, D., 90. 2. 257.

([5]) Toulouse, 2 déc. 1839, S., 40. 1. 161. — Besançon, 11 janv. 1851, S., 51. 2. 75, D., 51. 2. 61. — Douai, 7 mars 1881, S., 81. 2. 137, D., 81. 2. 208. — Toulouse, 11 août 1884, S., 85. 2. 78. — Paris, 3 mars 1898, D., 1902. 1. 85. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 724 et 762 ; Laurent, V, n. 354, 361 et 392 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 873.

([6]) Cass., 15 mars 1858, S., 58. 1. 163, D., 58. 1. 121. — Paris, 3 mars 1898, *op. cit.* — *Sic* Aubry et Rau, § 140, p. 873. — Cf. Huc, III, n. 545.

nombreuses garanties qui entourent la demande d'interdiction rendent complètement inutile l'assistance du conseil. Mais comme le fait observer Laurent « on pourrait donner des raisons tout aussi fortes pour faire exception à la défense de plaider quand il s'agit de la séparation de corps ou de l'opposition au mariage » : la jurisprudence n'admet cependant pas d'exception pour ces actions. Nous croyons donc qu'il faut s'en tenir au texte qui est absolument général (1).

Mais il est bien certain que l'individu en puissance de conseil n'aura pas besoin de son assistance devant les tribunaux répressifs pour défendre aux instances pénales exercées contre lui par le ministère public (2). De même cette prohibition ne s'étend pas aux actes conservatoires ou d'administration qui peuvent sauvegarder ses intérêts, par exemple à un référé destiné à faire constater d'urgence l'état dans lequel se trouvent ses immeubles. Cass., 22 janv. 1901, D., 01. 1. 94.

989. L'interdiction de plaider entraîne pour le prodigue la double défense d'acquiescer au jugement rendu contre lui et de se désister d'une instance par lui introduite (3).

990. 2° *Défense de transiger.* — Ayant interdit à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire de plaider, la loi devait lui défendre de transiger, puisque la transaction n'est qu'un contrat par lequel les parties tranchent par des concessions réciproques une question litigieuse. Il y a même un autre motif : c'est que pour pouvoir transiger il faut avoir la disposition de ses droits (art. 2045) et que la loi défend d'autre part au prodigue d'aliéner. Il n'était cependant pas inutile de prévoir expressément la transaction : c'est qu'en effet l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut, comme on le verra, aliéner dans la mesure de l'administration, et on aurait pu en conclure qu'il pouvait également transiger dans cette mesure, comme on le dit pour le mineur émancipé (4). La

(1) Demolombe, III, n. 723 *bis* ; Laurent, V, n. 361.

(2) Cass., 22 mars 1869, D., 69. 1. 225 ; 22 fév. 1896, *Pand. fr. pér.*, 97. 1. 143.

(3) Bruxelles, 27 nov. 1839, S. chr. — De même il ne saurait déférer, référer ou accepter un serment : ce sont là des renonciations conditionnelles au droit de suivre l'instance, une sorte de désistement.

(4) V. *supra*, n. 713.

généralité des termes des art. 499 et 513 s'oppose à une telle conclusion. La défense de transiger est aussi absolue que celle de plaider.

991. 3° *Défense d'emprunter.* — S'il est un acte que la loi devait prohiber, c'est bien celui-ci : elle devait mettre le faible d'esprit et le prodigue à l'abri des attaques des usuriers trop facilement portés à satisfaire leur penchant (1). Il ne s'agit évidemment que du prêt de consommation et non du prêt à usage.

L'emprunt est non seulement un acte dangereux, mais encore un acte facile à dissimuler, par exemple sous forme de bail. Les tribunaux frappent rigoureusement et avec raison ces actes frauduleux (2).

Nous croyons cependant que le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui devrait recevoir ici son application : il devrait donc restituer ce qui a tourné à son profit (3).

992. 4° *Défense de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge.* — Il faut interpréter cette défense d'après l'intention du législateur ; or il est bien certain que si le rôle du conseil se bornait à assister l'incapable pour cet acte, la protection serait complètement illusoire. Par conséquent, il faut ajouter que le conseil devra surveiller l'emploi de ce capital et au besoin subordonner cette assistance à la condition qu'il sera fait immédiatement tel emploi de ces fonds. Doctrine et jurisprudence sont unanimes (4). Le conseil judiciaire sera responsable de l'emploi, mais non les tiers.

La défense de recevoir un capital mobilier emporte forcément celle de céder un pareil capital (5).

993. 5° *Défense d'aliéner.* — Cette prohibition est absolu-

(1) Cass., 5 août 1840, S., 40. 1. 907.

(2) Cass., 14 juill. 1875, S., 75. 1. 463, D., 76. 2. 202. — Caen, 14 juil. 1845, P., 45. 2. 372.

(3) Cass., 1er août 1860, D., 60. 1. 315.

(4) Montpellier, 1er juil. 1840, S., 40. 2. 314. — Caen, 6 mai 1850, S., 50. 2. 592, D., 51. 2. 46. — Dijon, 22 nov. 1847, S., 67. 2. 338, D., 68. 2. 73. — Paris, 31 janv. 1876, S., 77. 2. 149, D., 77. 2. 48. — Agen, 9 nov. 1881, S., 82. 2. 233 note Labbé. — *Sic* Demolombe, VIII, n. 727 ; Laurent, V, n. 364 ; Demante, II, n. 285 *bis*, III ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 874 ; Huc, III, n. 559, p. 546 ; Planiol, I, n. 2768.

(5) Demante, II, n. 285 *bis*, III ; Demolombe, VIII, n. 727 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 874.

ment générale soit quant aux biens, soit quant aux actes d'aliénation.

994. A. Elle s'applique à toute espèce de biens, meubles ou immeubles [1]. Le contraire a cependant été soutenu [2]. On a invoqué d'abord l'ancien droit où la prohibition d'aliéner ne s'appliquait qu'aux immeubles [3]. Puis on prétend que ce terme *aliéner* doit s'expliquer par le terme suivant *hypothéquer* : or on n'hypothèque que les immeubles.

L'argument tiré de l'ancien droit se réfute facilement en disant qu'à cette époque on n'attachait aux meubles que peu d'importance, *res mobilis res vilis*. L'interprétation qu'on donne d'autre part de l'expression *aliéner*, qui se complèterait par le terme *hypothéquer*, est tout à fait hasardée et ne se justifie en aucune façon, d'autant plus que pour le mineur émancipé l'art. 484 les a réunis ensemble pour bien montrer qu'il ne s'agissait que des immeubles.

Il faut cependant faire une réserve : on verra plus loin que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est pleinement capable pour les actes d'administration ; or il est certain qu'il y a des aliénations de mobilier qui rentrent dans ces actes ; ainsi des ventes de récoltes, de bestiaux, de meubles sujets à dépérissement ; l'incapable pourra faire ces actes sans l'assistance de son conseil. D'ailleurs les tribunaux auront à apprécier le caractère de ces aliénations [4].

995. B. Cette prohibition s'applique à tous les actes d'aliénation, à titre onéreux ou à titre gratuit.

En ce qui concerne les actes à titre onéreux, il ne saurait y avoir de difficultés.

Mais on a soutenu que la prohibition ne s'appliquait pas aux donations. Le mot *aliéner*, a-t-on dit, s'entend plus particulièrement des aliénations à titre onéreux ; c'est ainsi

[1] Delvincourt, I, n. 321; Valette, p. 385, 386; Demante, II, n. 285 *bis*, III; Demolombe, VIII, n. 729; Aubry et Rau, I, § 140, p. 874; Huc, III, n. 550; Planiol, I, n. 2766.

[2] Zachariæ, § 140, texte et note 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 742.

[3] Nouv. Denizart, V, v° *Conseil nommé par justice*, § 2, n. 6.

[4] Douai, 8 déc. 1882, *Jurispr. de Douai*, p. 72. — Trib. de la Seine, 15 juil. 1882, *Gaz. Pal.*, 82, 2, 365. — *Sic* Aubry et Rau, I, § 140, p. 874; Planiol, I, n. 2766. — V. cep. Laurent, V, n. 364.

que l'art. 217 a distingué pour la femme mariée les deux expression, *donner* et *aliéner*. Nous croyons cependant que la prohibition doit s'appliquer également aux donations. Cet acte est en effet un des plus dangereux que l'individu pourvu d'un conseil peut être tenté de faire : c'est surtout ici qu'il faut craindre les élans irréfléchis et les faiblesses d'esprit ou de cœur [1]. Il n'y a donc aucune distinction à faire.

Il importe peu qu'il s'agisse de donations de biens présents ou de biens à venir. On pourrait cependant hésiter pour l'institution contractuelle qui tient de la donation mais aussi du testament qu'un individu pourvu d'un conseil peut faire seul. Mais ce qui domine dans l'institution contractuelle, c'est le caractère de donation : le donateur aliène, puisque tout en conservant le droit de disposer à titre onéreux, il s'interdit celui de disposer à titre gratuit des choses qui font l'objet de l'institution contractuelle (art. 1083) ; il se dépouille du moyen de doter ses autres enfants. Il aliène donc quelque chose. Les donations de biens à venir tombent donc sous l'application de l'art. 513 [2].

996. La question devient plus délicate pour les libéralités en faveur du mariage. En ce qui concerne les donations par contrat de mariage, la question sera examinée au sujet du contrat de mariage. V. notre traité *Du contrat de mariage*, I, p. 132 s.

Quant aux donations entre époux proprement dites, elles peuvent se présenter sous deux formes : *a*) L'époux prodigue peut vouloir faire donation par actes entre vifs à son conjoint d'un objet déterminé ; nous croyons l'assistance du conseil nécessaire, bien que la donation soit essentiellement révocable, il n'y en a pas moins une aliénation ; *b*) La donation porte sur les biens que le conjoint donateur laissera à son décès ; ici il n'y a aucun dessaisissement, aucune aliénation,

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. I, art. 1, n. 3 ; Zachariæ, I, p. 276 ; Demolombe, VIII, n. 736 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 874 ; Laurent, V, n. 364 s. ; Huc, III, n. 551 ; Planiol, I, n. 2705. — Il faut en dire autant de toute constitution de dot, Montpellier, 1er juill. 1840, S., 40. 2. 314. — V. cependant en sens contraire, Pau, 25 juin 1806, S., 12. 2. 387. — Zachariæ, § 140, note 8.

[2] Demolombe, VIII, n. 737 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 874. *Contra* Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 770 ; Duranton, III, n. 861.

c'est un véritable testament et nous verrons que le testament est possible sans l'assistance du conseil. D'autre part, le testament est révocable, l'époux donateur conserve le droit de disposer autrement de ses biens [1].

997. 6° *Défense d'hypothéquer.* — Cette défense était implicitement comprise dans celle d'aliéner. Il va de soi qu'il ne s'agit que des hypothèques conventionnelles. Les hypothèques légales frappent le débiteur par la force de la loi, et on peut en dire autant des hypothèques judiciaires qui ne seront valables, bien entendu, qu'à la condition que le jugement obtenu contre l'incapable l'ait été valablement, par conséquent avec l'intervention de son conseil.

998. II. **Actes non prévus par la loi.** — 1° *Constitution de droits réels.* — La défense d'aliéner comporte interdiction de constituer des droits réels, notamment des servitudes. On est unanime sur ce point.

On s'est cependant demandé si l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pouvait, sans son assistance, donner à antichrèse. On n'hésite pas à répondre négativement quand il s'agit d'une antichrèse à durée illimitée. La réponse est plus douteuse quand il s'agit d'une antichrèse constituée pour un temps plus court et certains prétendent que dans ces conditions elle serait possible sans l'assistance du conseil : on pourrait dire en effet que les aliénations sont valables dans la limite des actes d'administration, et l'antichrèse, qui n'est qu'une aliénation de fruits, rentre dans cette catégorie [2]. Nous avons admis que les aliénations de fruits étaient valables sans l'assistance du conseil : mais nous pensons que lorsqu'une personne aliène ses fruits par avance pour un certain nombre d'années, elle accomplit plus qu'un acte d'administration ; c'est un véritable acte de disposition. L'acte d'administration c'est la vente annuelle des fruits, mais il ne faut pas aller plus loin [3].

(1) Bruxelles, 3 avril 1886, D., 87. 2. 71.

(2) Magnin, *Tr. des min.*, II, n. 1262 et 1263.

(3) Paris, 10 mars 1854, S., 54. 2. 597, D., 55. 2. 246. — *Sic* Zachariæ, § 437; Troplong, *Nantissement*, n. 319; Marcadé et Paul Pont, IX, n. 1224; Aubry et Rau, § 240, p. 875; Laurent, V, n. 364, et XXVIII, n. 531 et 532.

999. 2° *Renonciation à prescription.* — La défense d'aliéner entraîne encore pour le prodigue interdiction de renoncer à une prescription accomplie à son profit : s'agit-il d'une prescription acquisitive, la renonciation aurait pour conséquence de faire sortir du patrimoine de l'incapable un bien qui y est rentré par prescription : s'agit-il d'une prescription extinctive, la renonciation empêche que le patrimoine soit libéré d'une charge qui pesait sur lui : ceci équivaut à une aliénation puisqu'il faudra sacrifier certains biens pour l'exécution de la charge.

1000. 3° *Acceptation d'une succession ou d'une donation.* — Il faut faire, croyons-nous, des distinctions.

A. Celui qui accepte une succession ou un legs universel s'oblige à toutes les dettes du défunt : il y a donc là un acte de disposition et non un simple acte d'administration. Nous croyons donc, bien que la jurisprudence nous soit contraire [1], que l'assistance du conseil sera nécessaire et nous en dirons autant de l'acceptation d'une donation ou d'un legs particulier grevés de charges [2].

B. Le prodigue pourrait au contraire accepter sans assistance du conseil une donation ou un legs particulier qui ne seraient pas grevés de charges.

1001. 4° *Renonciation à une succession, à un legs ou à une donation.* — A. Renoncer à une succession ce n'est pas seulement négliger de s'enrichir, comme en droit romain, c'est aliéner, puisque l'héritier se trouve investi de plein droit des biens héréditaires [3].

B. La même solution doit être admise pour la renonciation à un legs, puisque le légataire est également saisi du bien à lui légué indépendamment de toute acceptation.

C. La question ne peut se présenter pour les donations, puisque la donation n'est parfaite que par l'acceptation du donataire.

[1] Douai, 30 juin 1855, S., 56, 2, 670, D., 56, 2, 56. — Huc, III, n. 553 ; Laurent, V, n. 370.

[2] Chabot sur l'art. 776, n. 10 ; Duranton, VI, n. 419 ; Malpel, *Succ.*, n. 187 ; Vazeille, sur l'art. 776, n. 6 et 7 ; Aubry et Rau, § 140, p. 876 ; Planiol, I, n. 2742.

[3] Aubry et Rau, I, § 140, p. 876.

1002. 5° *Partage.* — On a dit que le prodigue pourrait procéder à un partage définitif sans l'assistance de son conseil, le partage étant déclaratif et non translatif de propriété [1]. Il n'est douteux pour personne que le principe de l'effet déclaratif du partage est une pure fiction ; qu'en réalité le partage constitue un véritable acte de disposition et que la loi le considère comme tel au point de vue de la capacité des parties (art. 818, 838 et 840). L'assistance du conseil sera donc nécessaire [2].

1003. 6° *Compromis.* — Pour compromettre, il faut avoir la libre disposition de ses droits (art. 1003 C. pr. civ.) ; il est certain qu'il n'en est pas ainsi d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire. Mais il faut remarquer, en outre, que cet acte est bien plus grave qu'une instance, puisqu'il n'y a plus la garantie des conclusions du ministère public, et qu'une transaction, puisqu'on abandonne ici un droit à l'appréciation d'un tiers ; c'est ainsi que l'art. 1980 dit formellement que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

1004. 6° *Obligations.* — On verra que la jurisprudence limite la capacité de s'obliger de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (V. *infra,* n. 1015).

N° 2. Actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut faire sans l'assistance de son conseil.

1005. Nous ne parlerons que de l'exercice des droits civils et nous distinguerons les droits relatifs à la personne et ceux qui sont relatifs aux biens [3].

1006. I. **Actes relatifs à la personne.** — L'individu pourvu d'un conseil reste complètement maître de sa personne : il conserve donc le libre exercice des droits relatifs

[1] Rouen, 19 avril 1847, D., 47. 2. 91. — Huc, III, n. 553 ; Laurent, V, n. 370.

[2] Rennes, 9 janv. 1880, S., 82. 2. 174, D., 80. 2. 254. — *Sic* Duranton, VII, n. 107 ; Chauveau sur Carré, quest. 2057 ; Demante, III, n. 143 ; Demolombe, VIII, n. 1733 *bis* ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 876.

[3] La capacité politique d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire est restreinte par certaines dispositions. La loi du 5 avril 1884, art. 32-2° lui enlève le droit de faire partie d'un conseil municipal, celle du 10 août 1871, art. 7, le droit de faire partie d'un conseil général, celle du 11 nov. 1872, art. 2-12° de faire partie d'un jury.

à la personne. C'est ainsi qu'il a son domicile propre, peut se marier [1], reconnaître un enfant naturel [2], adopter et se donner en adoption, demander le divorce ou la séparation de corps, sans l'assistance de son conseil : il conserve tous les droits qui résultent du mariage, puissance maritale [3], puissance paternelle et ses divers attributs. On discute cependant le point de savoir s'il peut être tuteur ou membre d'un conseil de famille [4].

1007. II. Actes relatifs au patrimoine. — Comme on l'a vu, c'est cette catégorie d'actes que la loi a eue surtout en vue : on connaît déjà les restrictions qu'elle apporte à cet égard à la capacité d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire et d'autre part les actes assez nombreux que nous croyons devoir être ajoutés à l'énumération des art. 499 et 513. Le nombre des actes qu'il pourra faire sans assistance est ainsi assez limité. Toutefois on peut poser cette formule que l'incapacité du majeur pourvu d'un conseil judiciaire se restreint aux actes énumérés par les art. 499 et 513 ; il conserve donc la capacité du droit commun pour tous les autres actes. Ces actes sont :

1008. 1° *Le testament.* — Il ne saurait y avoir de doute pour le testament ; il ne peut être assimilé à aucun des actes prévus par la loi : ce n'est pas une aliénation au sens propre du mot, puisque le testateur, s'il dépouille ses héritiers, ne se dépouille lui-même d'aucun bien. Bien entendu il faut réserver l'application de l'art. 901, on pourra toujours attaquer le testament en se fondant sur cette disposition, à la condition de prouver qu'au moment de la confection de l'acte le testateur n'était pas sain d'esprit [5].

1009. 2° *Actes d'administration.* — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve l'administration et la jouissance de son patrimoine. Examinons les actes qui peuvent être compris sous cette dénomination.

(1) Toulouse, 2 déc. 1839. S., 40. 2. 161. — Paris, 13 juill. 1894, D., 96. 2. 312.
(2) V. notre traité *Des personnes*, III, n. 649.
(3) V. notre traité *eod. loc.*, n. 2287.
(4) *Suprà*, n. 455. — Cpr. Aubry et Rau, § 141, note 17 *bis*.
(5) V. notre traité *Des donations*, n. 249.

A. *Réparations.* — Nous lui reconnaissons le droit de faire toutes les réparations, même les grosses réparations : le plus souvent elles exigeront qu'on entame le capital, mais cela importe peu, si du moins la réparation était nécessaire : les réparations de toutes sortes sont essentiellement des actes d'administration [1].

1010. B. *Baux.* — Il peut donner ses biens à bail : seulement le code civil a eu soin de déterminer dans quelles limites le bail constituait un simple acte d'administration ; il ne pourra pas excéder neuf années. Le bail pour plus de neuf ans ne sera pas cependant forcément nul s'il a été consenti sans l'assistance du conseil ; il faudra appliquer les règles du droit commun (art. 1429-1718) ; le bail sera réduit à une période de neuf ans [2]. Nous avons déjà vu (*suprà*, n. 961), que le bail de plus de neuf ans passé pour éluder la défense d'emprunter ou d'aliéner sera nul.

1011. C. *Actes conservatoires.* — Nous avons décidé *suprà*, qu'il pourra faire seul les actes conservatoires de ses droits.

1012. D. *Dépenses personnelles.* Le droit de subvenir à ses besoins figure au premier rang des actes d'administration ; il pourra donc louer des domestiques, prendre des immeubles à bail, acheter à crédit ou au comptant tout ce qui est nécessaire à son entretien ou à l'administration de son patrimoine [3].

1013. E. *Louages de services.* — Conservant la liberté de sa personne il pourra s'engager librement, louer ses services, son industrie, son travail. Mais Demolombe conseille avec raison aux tiers de recourir à l'assistance du conseil parce que le caractère de ces actes comme actes d'administration n'est pas clairement déterminé [4].

[1] Demolombe, VIII, n. 745 et 746.

[2] Toulouse, 23 août 1855, S., 55. 2. 748, D., 55. 2. 328 ; Demolombe, VIII, n. 747 ; Troplong, *Du louage*, I, n. 148 ; Aubry et Rau, I, § 140, p. 876 ; Planiol, I, n. 2714.

[3] Cass., 3 avril 1855, S., 55. 1. 641, D., 55. 1. 130 ; 1er août 1860, S., 60. 1. 929, D., 60. 1. 316 ; 22 déc. 1891, S., 93. 1. 118, D., 92. 1. 536 ; Valette, *C. Nap.*, n. 42 ; Magnin, n. 85 ; Aubry et Rau, I, § 140, texte et note 20 ; Laurent, V, n. 371 ; Huc, III, n. 549 ; Planiol, I, n. 2714.

[4] VIII, n. 749.

1014. F. *Perception des revenus.* — Le prodigue peut toucher tous ses revenus quels qu'ils soient et en disposer comme bon lui semblera, faire de ses économies tels placements qu'il jugera à propos. Il est bien certain que cette liberté pourra avoir de fâcheuses conséquences, car il pourra s'empresser de dissiper ses revenus, mais faute d'un texte les tribunaux ne peuvent donner au conseil le droit de percevoir les revenus (1).

Nous avons dit qu'il pourra placer l'excédent de ses revenus et notamment nous pensons qu'il pourrait contracter une assurance sur la vie, soit à son profit, soit même au profit d'un tiers. En vain dirait-on dans ce dernier cas qu'il aliène ainsi un capital mobilier ; il n'aliène rien, puisqu'aux termes d'une jurisprudence constante la stipulation d'assurance au profit d'un tiers fait naître au profit du tiers bénéficiaire un droit direct et immédiat contre l'assureur, droit qui n'a jamais figuré dans le patrimoine de l'assuré (2).

1015. 3° *Obligations.* — Il ne nous paraît pas discutable que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne puisse pas s'obliger par les actes qui lui sont interdits par les articles 409 et 513, notamment comme aliénateur ou emprunteur. Mais nous avons vu qu'il peut accomplir un certain nombre d'actes : toutes les obligations qu'il contractera à ces divers titres seront valables : il conserve à ce point de vue la capacité du droit commun. Il ne faut pas en effet perdre de vue que nous sommes dans une matière où tout doit être strictement interprété puisqu'il s'agit de capacité des personnes : or le code n'a nulle part apporté de limites à la capacité de s'obliger de l'individu pourvu d'un conseil : son incapacité est strictement restreinte aux actes prévus par nos articles : c'est un capable, qui n'est incapable que pour certains actes. « Ils ne peuvent s'obliger, en contractant *dans les cas prévus*, sans l'assistance de leur conseil : mais en général, ils sont

(1) Demolombe, VIII, n. 743.

(2) Cass., 9 mars 1896, S., 97, 1, 225 (note Esmein). — Cf. Seine, 15 fev. 1889, *Journ. des assur.*, 1889, p. 270, *Rev. périod. des assur.*, 1889, p. 520. — Lefort, *Tr. des assur.*, I, p. 272 s.

habiles à contracter..... » Emmery, *Exposé des motifs au Corps législatif*; Locré, VII, p. 354, n. 7 (1).

Cette solution, qui nous paraît commandée de la façon la plus absolue par les textes et par l'interprétation juridique de ces textes, est susceptible d'aboutir à des conséquences déplorables; les obligations contractées par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire dans les limites de sa capacité seront donc valables et devront s'exécuter sur ses biens même si elles excèdent ses ressources : de telle sorte qu'indirectement il pourra arriver à dissiper sa fortune par des actes analogues à ceux qui auront le plus souvent entraîné pour lui la mesure dont il a été l'objet : ainsi, n'ayant que 10.000 fr., de revenus, il lui est permis de louer un appartement pour 20.000 fr., ou encore de faire des achats soit au comptant, soit à crédit dépassant un revenu annuel! Résultat désastreux, mais rigoureusement logique et juridique.

1016. Ce sont ces considérations évidemment très graves qui ont poussé certains auteurs et surtout la jurisprudence à chercher des moyens propres à éviter ces inconvénients : mais on est loin d'être encore arrivé à une solution précise. On a décidé que les obligations qui excèderaient les ressources du prodigue devraient être annulées : on part de cette idée qu'on ne peut pas raisonnablement croire que le législateur ait voulu que le prodigue pût faire indirectement ce qu'il ne pouvait pas faire directement : en s'obligeant au delà de ses revenus, il aliène son capital indirectement : or l'aliénation est prévue par les articles 499 et 513 (2).

Ce serait évidemment le meilleur moyen d'échapper aux dangers que nous avons signalés; mais ne va-t-on pas à l'encontre de la loi, ne fait-on pas la loi sur ce point? C'est notre

(1) Voir Laurent, V, n. 371 s.; Baudant, III, n. 988. — Cpr. Aubry et Rau, I, p. 577, texte et notes 20 et 21 : le système de ces auteurs ne nous a pas paru très précis.

(2) Cass., 1er août 1860, S., 60. 1. 929, D., 60. 1. 316; 14 juil. 1875, S., 75. 1. 463, D., 76. 2. 202. 2 déc. 1885, S., 86. 1. 120, D., 86. 1. 128; 22 déc. 1891, S., 93. 1. 48. — Toulouse, 23 août 1855, S., 55. 2. 748, D., 55. 2. 328. — Lyon, 9 juin 1883, D., 84. 2. 53. — Paris, 16 janv. 1890, D., 92. 2. 209. — Trib. Lectoure, 4 mars 1881, S., 82. 2. 231; Huc, III, n. 549; Demolombe, VIII, n. 744 (dont l'opinion est également assez obscure); Valette, p. 388.

avis, et nous croyons qu'il n'y aurait qu'un moyen qui ne sera pas toujours possible : faire prononcer l'interdiction de celui qui continue à se livrer à de folles dépenses : la loi est certainement mauvaise ; une réforme s'impose, mais il n'appartient à l'interprète que de la signaler et non de l'exécuter.

Dans tous les cas nous considérons comme tout à fait insoutenable l'opinion qui considère comme *réductibles* les engagements excessifs du prodigue ou du faible d'esprit [1] : on étend d'une façon tout à fait arbitraire l'art. 484 C. civ., qui est écrit pour le mineur émancipé ; mais il ne faut pas oublier que le mineur émancipé est en principe incapable, tandis que l'individu pourvu d'un conseil est en principe capable ; les engagements ne peuvent être que valables ou nuls.

4° *Contrat de mariage.* — V. notre traité *Du contrat de mariage,* I, p. 132 et s.

§ III. *Sanction de l'incapacité.*

1017. D'après l'art. 502, la nomination du conseil judiciaire produira son effet du jour du jugement ; ajoutons, de même que pour le jugement d'interdiction : *ou du jour de l'arrêt,* lorsque la demande en dation de conseil judiciaire aura été rejetée par le tribunal et au contraire prononcée sur appel. L'effet de la décision sera donc immédiat, indépendamment de toute publicité (V. *suprà,* n. 902 et suiv.).

1018. Les actes qui auront été passés postérieurement à la nomination du conseil, sans son assistance, seront donc *nuls de droit ;* nous ne reviendrons pas sur le sens de ces expressions : il s'agit ici encore d'une simple nullité relative [2]. Nous avons vu en matière d'interdiction comment sera tranchée la question de date ; nous appliquerons ici la même solution (V. *suprà,* n. 895 et suiv.) [3].

1019. Du principe que la nullité est simplement relative, il faut tirer cette conclusion que l'incapable seul et ses repré-

(1) Lyon, 10 mai 1861, D., 61. 2. 105 ; Huc, III, n. 542.
(2) Cass., 21 mai 1900, D., 1902. 1. 422.
(3) Cass., 13 nov. 1895, *Pand. franç.*, 1897. 1. 145.

sentants peuvent l'invoquer. Cette solution présente un grave danger : il faut craindre en effet soit le mauvais vouloir de l'incapable, soit sa négligence, et, dans ces conditions, la protection instituée par le code devient tout à fait illusoire ; il serait peut-être bon d'accorder le droit d'agir à celui qui est chargé de surveiller l'incapable, à son conseil.

1020. C'est ce qu'a fait la jurisprudence : elle a accordé au conseil un pouvoir spécial l'autorisant à représenter l'incapable pour attaquer lui-même les actes accomplis par lui à une époque et dans des conditions qui les rendent annulables à la seule condition de mettre le prodigue en cause. Le conseil aura donc contre les actes du prodigue l'action en nullité [1], et contre les jugements rendus contre le prodigue les voies de recours qui lui appartiendraient à lui-même, l'appel et l'opposition [2].

La jurisprudence a, en cette matière, fondé une véritable théorie de la représentation du prodigue par son conseil : il ne faut pas vouloir y voir davantage. Cette représentation d'ailleurs n'est pas absolue ; le conseil ne pourra pas exercer toutes les actions qui appartiennent à l'incapable, mais il ne pourra exercer que celles qui lui appartiennent [3]. Il y a demi-tutelle, demi-interdiction.

1021. Il faut repousser sans hésitation cette théorie d'une prétendue représentation ; la loi parle *d'assistance* : il ne peut être question pour le conseil d'agir *au nom et du chef* du prodigue : son rôle est déterminé par l'art. 513. La seule raison invoquée par la jurisprudence, c'est l'intérêt prati-

(1) Cass., 29 juin 1881, S., 82. 1. 125, D., 82. 1. 33 ; 24 juin 1896, S., 97. 1. 113. — Paris, 25 juin 1838, S., 38. 2. 417 ; 13 fév. 1841, S., 41. 2. 224 ; 16 déc. 1859, S., 60. 2. 90. — Lyon, 11 fév. 1863, sous Cass., 23 janv. 1865, S., 65. 1. 75. — Nancy, 26 juin 1829, D., 48. 2. 512.

(2) V., *supra*, n. 963.

(3) C'est ce qui explique un arrêt de la Chambre civile du 15 février 1898, S., 98. 1. 326, qui a refusé au conseil le droit de former tierce-opposition contre un jugement rendu contre un prodigue : le principal motif de l'arrêt est en effet « qu'il est impossible de reconnaître au conseil judiciaire le droit d'user d'une voie de recours qui ne serait pas ouverte au prodigue ». Il n'y a donc aucune contradiction entre la Chambre civile et la Chambre des requêtes qui reconnaissent au conseil le droit d'agir en nullité et d'interjeter appel ou de former opposition. — V. Lacoste, *De la chose jugée*, 2e édit., n. 569, note 1.

que, la protection du prodigue. Nous examinerons tout à l'heure la portée de cet argument (1).

1022. M. Lyon-Caen, tout en n'admettant pas la théorie de la représentation, approuve cependant les solutions de la Cour suprême (2). Bien plus, il reconnaît au conseil judiciaire le droit de former tierce opposition (3) contre les jugements défavorables au prodigue, ce qu'a refusé de faire la chambre civile. Mais la base de son système est tout à fait différente : il ne s'agit plus de représentation, ce n'est pas du chef et au nom du prodigue que le conseil va agir, c'est de son chef et en son nom personnel; il s'agit d'une action née sur la tête du conseil judiciaire (4).

Où le conseil puise-t-il cette action? Evidemment la loi ne la lui donne pas expressément; mais s'il n'en était pas ainsi la protection donnée par la loi serait purement illusoire puisqu'il dépendrait du prodigue de ne pas faire valoir les moyens que lui a accordés le législateur. Ce serait dénaturer sa pensée que de décider autrement.

Cette théorie est évidemment très séduisante et elle serait excellente en législation. Elle nous paraît cependant souffrir quelques objections. Pourquoi tout d'abord refuser au conseil le droit d'interjeter appel ou de former opposition? La raison de décider est la même et il nous paraît insuffisant de dire que le conseil n'est pas partie à l'instance. Avant tout, il s'agit de rendre la protection efficace. A ce même point de vue, pourquoi ne pas reconnaître également au ministère public, chargé de la protection des incapables, le droit d'agir pour le cas où ni l'incapable ni le conseil ne voudraient le faire?

La vérité, c'est que le fondement de la théorie est peu solide. On oublie que la loi a créé deux systèmes de protec-

(1) Demolombe, VIII, n. 763; Aubry et Rau, I, § 140, p. 879; Huc, III, n. 555 et 556; Laurent, V, n. 353; Beudant, I, p. 615; Tissier, *Rev. crit.*, 1897, p. 609; Vigie, *Rev. crit.*, 1900, p. 65; Glasson, consultation dans *Gaz. Pal.*, 31 avril 1898. — V. cependant pour l'appel et l'opposition les auteurs cités *supra*, n. 963.

(2) Note sous Cass., 24 juin 1896, S., 97, 1, 113.

(3) Note sous Cass., 15 fév. 1898, S., 98, 1, 305, mais non le droit d'interjeter appel ou de former opposition.

(4) M. Lyon-Caen étend son système au curateur du mineur émancipé.

tion pour ceux qui sont atteints dans leurs facultés mentales : il y a deux degrés de protection. Il nous semble qu'on assimile purement et simplement ou à peu près l'individu interdit et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Est-ce bien là respecter le but du législateur que de supprimer l'un de ces degrés? Pourquoi ne pas admettre plutôt qu'il a pensé qu'il était suffisant de fournir au prodigue et au faible d'esprit les moyens de se défendre, mais qu'il les a jugés aptes à apprécier s'ils avaient ou non à se servir de ces moyens, qu'il n'a pas voulu les protéger malgré eux?

Enfin, comme on l'a très justement fait observer, le moyen serait-il légal, il serait insuffisant. Supposons la nullité prononcée, le prodigue n'aura qu'à s'abstenir de demander l'exécution du jugement. Ce n'est pas le conseil qui peut poursuivre cette exécution puisque ce n'est pas lui qui a l'administration des biens du prodigue ([1]).

1023. La ratification ne pourra émaner que de l'incapable sans assistance du conseil après la main-levée et avec cette assistance dans le cas contraire; après sa mort, elle peut émaner de ses héritiers.

1024. La prescription de l'art. **1304** est applicable. Mais quel en est le point de départ? La jurisprudence et la doctrine admettent que le délai de dix ans courra, non pas du jour où l'acte a été accompli, mais du jour de la cessation de l'incapacité ou du décès de l'incapable. Cette solution est discutable; l'examen de la controverse sera mieux à sa place dans l'étude générale de l'art. **1304** (V. *infrà*, notre traité *Des oblig.*, III).

1025. La nomination d'un conseil judiciaire à un prodigue ou à un faible d'esprit ne produit d'effet que dans l'avenir; à la différence de l'interdiction, elle ne peut jamais exercer son influence dans le passé, c'est-à-dire sur les actes accomplis antérieurement au jugement qui la prononce. En d'autres termes, l'art. 503 n'est pas ici applicable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point qui ne peut guère faire de doute; car la disposition de l'art. 503 est exception-

[1] Voir, [illegible]

nelle, et ne peut, à ce titre, être étendue en dehors de ses termes ; or elle ne parle que des actes antérieurs à l'*interdiction* sans ajouter *ou à la nomination du conseil*, silence d'autant plus significatif que l'article précédent parle à la fois des actes passés *par les interdits* et de ceux passés *par les personnes pourvues d'un conseil judiciaire*. Et toutefois les actes antérieurs au jugement qui prononce la défense de procéder sans conseil pourraient être annulés, s'ils avaient été accomplis frauduleusement, à une époque où la nomination du conseil judiciaire était imminente, en vue d'éluder les conséquences de cette nomination. La jurisprudence est constante en ce sens ([1]-[2]).

Nous approuvons complètement sur ce point notre jurisprudence : le principe *fraus omnia corrumpit* nous paraît justifier largement ces nombreuses décisions.

1025 *bis*. Un autre procédé auquel nous donnons également notre adhésion entière c'est la condamnation du tiers à des dommages-intérêts avec maintien de l'acte ([3]), dans les cas où pour un motif ou pour un autre l'acte ne pouvait pas être annulé. Voici l'espèce qui a été soumise à la cour de cassation ; un agent d'affaires, connaissant l'imminence d'une demande de dation de conseil judiciaire contre un prodigue, l'avait mis en rapport avec des tiers avec lesquels il avait passé des actes qui avaient consommé sa ruine ; la mauvaise foi des tiers ne pouvait être démontrée, on ne pouvait donc appliquer le principe *fraus omnia corrumpit* et annuler les actes

([1]) Cass., 30 juin 1868, S., 68. 1. 324 ; 14 juill. 1875, S., 75. 1. 463, D., 76. 1. 202 ; 15 déc. 1879, S., 80. 1. 129, D., 80. 1. 177 ; 29 juin 1881, S., 81. 1. 125, D., 82. 1. 32 ; 26 juin 1888, S., 88. 1. 469, D., 89. 1. 59 ; 5 nov. 1889, S., 91. 1. 407, D., 90. 1. 379 ; 24 juin 1896, S., 97. 1. 113, D., 97. 1. 404 ; 15 fév. 1898, S., 98. 1. 305 ; 21 avril 1898, D., 98. 1. 413. — Paris, 5 avril 1887, D., 88. 2. 220 ; 7 mars 1895, D., 95. 2. 425 ; 22 mars 1895, D., 96. 2. 261. — Cf. Delvincourt, I, p. 326 et 327 ; Toullier, II, n. 1383 ; Demolombe, VIII, n. 772 ; Laurent, V, n. 375 ; Aubry et Rau, I, § 141, texte et note 28 ; Beudant, III, p. 616 ; Huc, III, n. 556.

([2]) Jugé spécialement que la ratification consentie au cours de l'instance en dation de conseil judiciaire dont celui qui la consent fait l'objet ne peut être annulée qu'autant qu'il y a eu un concert frauduleux entre tous ceux qui ont participé à cet acte en vue de paralyser d'avance l'effet de la mesure de protection sollicitée. Paris, 12 janv. 1906, D., 06. 2. 361.

([3]) Cass., 15 juill. 1903, D., 04. 1. 129. — Charmont, *Rev. crit.*, 1905, p. 331.

passés avec les tiers. Mais la cour de Paris, et après elle la cour de cassation ont pensé avec raison, croyons-nous, que celui qui était la cause initiale de la ruine, l'agent d'affaires, pouvait être obligé de réparer le préjudice causé et elles l'ont condamné. Il n'y avait nullement violation, comme le prétendait le pourvoi, de l'art. 503 : il a été fait purement et simplement une fois de plus, et dans un but très louable, application du principe de l'art. 1382; les dommages-intérêts ont dans ce cas remplacé l'annulation de l'acte qui était impossible.

1025 *ter*. Mais ne doit-on pas aller plus loin et faut-il approuver un arrêt de la Cour de Nancy qui pose en principe que, en dehors de toute question de fraude, la nomination d'un administrateur provisoire faite suivant les art. 514 et 497 C. civ., place le prodigue ou le faible d'esprit dans une incapacité analogue à celle des articles 499 et 513 [1]?

Pour défendre cet arrêt on a prétendu qu'à raison de la tendance prétorienne qui domine aujourd'hui l'interprétation des textes législatifs, il fallait s'en tenir non pas au sens littéral mais au sens logique des textes; et si l'on se place à ce point de vue, il est certain que la nomination au prodigue d'un administrateur provisoire sera purement illusoire si d'autre part on laisse au prodigue lui-même sa pleine et entière capacité.

1025 *quater*. Ce n'est pas ici le lieu de discuter des règles modernes d'interprétation; il y a eu pour ces doctrines nouvelles un engouement contre lequel — sans être d'ailleurs partisan d'une interprétation trop servile — nous avons toujours protesté; on en est d'ailleurs beaucoup revenu. Mais nous estimons cependant qu'il ne faut pas faire table rase ni d'une législation en vigueur, ni de l'intention du législateur surtout quand elles s'accordent avec les nécessités pratiques.

Or à quel résultat aboutit la cour de Nancy? Tout simplement à étendre, du moins partiellement, l'art. 503 C. civ. aux actes passés par le prodigue ou le faible d'esprit, à créer

[1] Nancy, 27 janv. 1900. *Pand. franç.*, 1901. 2. 305. — Cf. Demolombe, VIII, n. 712.

une sorte de période suspecte qui ira de la dation de l'administration provisoire à la nomination du conseil judiciaire. Est-il besoin d'affirmer que le législateur n'y a jamais songé? Est-il nécessaire d'invoquer une fois de plus le principe que les incapacités sont de droit étroit? Mais c'est là, dira-t-on, une argumentation surannée qui est tout à fait passée de mode. Aussi n'insistons-nous pas et nous plaçons-nous en face des nécessités pratiques. Eh bien! à ce point de vue il nous semble qu'on néglige un peu trop l'intérêt des tiers; comment seront-ils avertis de la nomination de l'administration provisoire? Il n'y a aucune publicité! Certes nous ne prétendons pas que le système proposé ne soit pas le meilleur en législation, nous y souscrivons volontiers. Mais alors qu'auparavant on mette les tiers à l'abri de telles surprises, qu'on les avertisse du changement de capacité survenu chez un individu. C'est là tout ce que nous demandons. Mais tant qu'il n'en sera pas ainsi nous prétendons qu'il n'appartient ni au juge ni à l'interprète de s'ériger en législateurs.

SECTION VI

MAINLEVÉE DE L'INCAPACITÉ

1026. Comme l'incapacité de l'interdit, celle de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire cesse par un jugement de mainlevée. Elle ne peut cesser autrement avant la mort de l'incapable. C'est ainsi notamment qu'une femme non mariée qui se marie, ou une veuve ou une divorcée qui se remarie étant pourvues d'un conseil judiciaire, n'en restent pas moins incapables jusqu'au jugement de mainlevée [1].

Aux termes de l'art. 514 la mainlevée ne sera obtenue qu'en suivant les mêmes formalités qui ont été employées pour faire nommer le conseil judiciaire, et d'autre part l'art. 897 modifié par l'art. 2 de la loi du 16 mars 1893 renvoie sur ce point aux règles de l'interdiction.

(1) Caen, 5 juill. 1843, *Rec. des arrêts de Caen*, VII, p. 398. — Poitiers, 18 mai 1881, S., 83. 2. 8, D., 82. 2. 247. — *Sic* Aubry et Rau, I, § 138; Demolombe, VIII, n. 697. — *Contrà* Nancy, 3 déc. 1838, S., 39. 2. 283. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, I, p. 487.

Par conséquent les personnes qui pouvaient provoquer la nomination du conseil auront qualité pour en demander la mainlevée : l'incapable lui-même le peut; les difficultés que nous avons signalées à ce sujet pour l'interdit [1] ne peuvent être soulevées ici puisque l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'a jamais perdu l'exercice de ses droits personnels [2].

CHAPITRE IV

DES ALIÉNÉS INTERNÉS

1027. Nous avons déjà dit que l'internement des aliénés n'avait été réglé ni par notre ancienne jurisprudence ni par le code civil; l'art. 510 de ce code décidait seulement que les fous ne pouvaient être séquestrés qu'après leur interdiction. Cette disposition était violée tous les jours et c'est des abus qu'entraînait cette pratique qu'est née la loi du 30 juin 1838. Nous avons vu également que cette loi était loin de la perfection et qu'elle était l'objet de divers projets de réforme dont les principaux sont celui déposé au Sénat par le Gouvernement en 1882 et la proposition récente déposée à la Chambre par M. Dubief, le 12 juin 1902.

La loi de 1838 et les projets de réforme contiennent deux sortes de dispositions, les unes de droit public et administratif, les autres de droit privé; nous n'étudierons que ces dernières.

Mais nous croyons cependant utile d'indiquer, d'ailleurs très brièvement, les principales dispositions administratives qui concernent l'internement des aliénés.

1028. 1° La loi de 1838 distingue deux sortes d'asiles pour le traitement des aliénés : les établissements publics placés sous la direction de l'autorité publique, les établissements privés dirigés par des particuliers, mais soumis comme les premiers à la surveillance administrative. A la tête de l'éta-

[1] *Supra*, n. 919.

[2] Cass., 15 mars 1858, S., 58. 1. 653, D., 58. 1. 121. — Bordeaux, 27 fév. 1878, D., 79. 2. 120. — Paris, 2 et 3 mars 1898, *Pand. pér.*, 99. 2. 73.

blissement public se trouvent un directeur et une commission de surveillance de cinq à onze membres nommée par le préfet et dont le rôle est purement consultatif. A la tête des établissements privés est placé un directeur dont la nomination est subordonnée à des conditions assez rigoureuses.

La surveillance administrative est exercée par trois sortes de personnes : *a*) les préfets et les délégués du préfet ou du ministre; *b*) les magistrats (président du tribunal, procureur de la République, juge de paix); *c*) les maires. En outre, des mesures spéciales ont été prises pour la surveillance des établissements privés faisant fonction d'asiles publics.

C'est principalement contre cette organisation de la surveillance des établissements d'aliénés que les critiques ont été dirigées. Les deux projets, sauf quelques points de détail différents, voudraient en outre une commission de surveillance départementale qui serait chargée notamment de surveiller les asiles et de remplir les fonctions de conseil de famille auprès des personnes non interdites et non pourvues d'administrateur placées dans ces établissements (art. 4 du projet et art. 9 de la proposition Dubief); un inspecteur spécial départemental, nommé par le ministre de l'intérieur (art. 7 du projet); un ou plusieurs curateurs à la personne nommés par le ministre de l'intérieur (art. 11); un système d'inspection générale annuelle (art. 12, proposition Dubief); un comité supérieur des aliénés (art. 13, proposition Dubief).

1029. 2° En ce qui concerne les placements dans des asiles d'aliénés, la loi de 1838 en distingue deux sortes.

A. Les placements *volontaires* qui pourront être demandés par toute personne intéressée, par l'aliéné lui-même, et qui sont soumis à un certain nombre de formalités destinées à garantir la liberté individuelle et à éviter les séquestrations arbitraires; on les a cependant jugées insuffisantes et les projets en augmentent la rigueur : ils prévoient notamment le cas où l'on serait tenté, pour échapper aux dispositions de notre loi, de se servir d'un moyen bien simple, emmener l'aliéné à l'étranger dans un pays où les conditions du placement sont moins rigoureuses.

B. Les placements *d'office* ordonnés par le préfet de police

à Paris, les préfets dans les départements et sous certaines conditions les commissaires de police (art. 14) : ces placements n'ont lieu que lorsque l'aliéné est atteint d'une folie dangereuse. Les projets augmentent le nombre des cas de ces placements, mais en soumettant la décision du préfet au contrôle de l'autorité judiciaire.

1030. 3° La sortie de l'aliéné de l'établissement n'a lieu normalement qu'après sa guérison ; cependant il peut également sortir avant cette guérison. Les personnes qui peuvent demander ou ordonner la sortie de l'aliéné sont différentes suivant qu'il s'agit de placements volontaires ou d'office (art. 13, 14, 16, 29). Les projets de loi s'occupent également de cette sortie de l'aliéné : ils cherchent surtout à rendre plus facile la correspondance de l'aliéné avec l'autorité judiciaire pour lui faciliter encore davantage les moyens d'obtenir sa sortie.

Nous allons maintenant étudier la situation juridique des aliénés internés au point de vue civil.

SECTION PREMIÈRE

LES DIVERSES MESURES DE PROTECTION ÉTABLIES PAR LA LOI EN FAVEUR DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS.

1031. Le soin de la personne et la gestion des biens du mineur ou de l'interdit sont confiés à une personne unique, son tuteur. Il n'en est pas de même des individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. La loi leur donne, suivant les circonstances, un curateur, chargé du soin de leur personne, un administrateur provisoire, qui doit veiller à la conservation de leurs biens, ou un mandataire *ad litem*, qui a pour mission de les représenter en justice, et avec des attributions spéciales, un notaire.

En outre, aux termes de l'art. 40, le procureur de la République « sera entendu dans toutes les affaires qui intéresseront les personnes placées dans un établissement d'aliénés, lors même qu'elles ne seraient pas interdites ».

§ I. *Curateur.*

1032. C'est le tribunal qui désignera, en chambre du conseil et sans appel, le curateur, sur la demande du malade, de ses parents, de son conjoint, d'un ami ou du procureur de la République.

Le rôle du curateur est de sauvegarder la personne de l'aliéné, de veiller à son traitement et à sa guérison. A cet effet l'art. 38 charge le curateur de veiller : 1° à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ; 2° à ce qu'il soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra.

A la différence de l'administrateur provisoire, le curateur ne peut être choisi parmi les héritiers présomptifs de l'aliéné (art. 38), la loi a craint avec raison que ceux-ci ne fassent passer leur intérêt avant celui de l'aliéné et ne laissent prolonger indéfiniment son internement. Nous ne pensons pas qu'il faille étendre au curateur à la personne, les incapacités prévues par les art. 444 à 449 C. civ. en matière de tutelle [1]; mais il est certain que les fonctions de curateur sont incompatibles avec celles d'administrateur provisoire, puisque le curateur a une sorte de pouvoir de contrôle sur l'administrateur provisoire.

§ II. *Administrateur provisoire.*

1033. I. **Nomination.** — Une observation importante s'impose tout d'abord ; dans les établissements publics d'aliénés il y a toujours un administrateur provisoire ; c'est la commission de surveillance qui désigne un de ses membres pour exercer ces fonctions, c'est un administrateur provisoire légal (art. 31). Au contraire, pour les individus placés dans un établissement privé, cette nomination est facultative : il peut ne pas y avoir d'administrateur provisoire, si sa nomination n'est pas demandée par certaines personnes. Il y a sur ce point une lacune des plus graves dans la loi de 1838.

[1] *Sic* Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 816, texte et note 9. — *Contra* Demolombe, VIII, n. 847.

1034. Aux termes de l'art. 32 peuvent provoquer cette nomination les parents ou l'époux de l'aliéné, le procureur de la République d'office.

L'aliéné lui-même peut-il la demander ?

Certains auteurs enseignent l'affirmative ; puisqu'on prive l'aliéné de pourvoir lui-même à la gestion de ses intérêts il est juste qu'il puisse demander qu'on y pourvoie pour lui ; en outre, l'art. 38 permet à l'aliéné de demander la nomination d'un curateur, pourquoi en serait-il autrement pour celle de l'administrateur [1] ?

A notre avis, ce droit n'appartient pas à l'aliéné ; d'abord le texte est formel ; puis il résulte des articles 31 et 32 combinés avec les art. 29 et 38 que c'est intentionnellement que les deux premiers ne font pas mention de l'aliéné. D'ailleurs, et ceci est de nature à diminuer la gravité des inconvénients qui peuvent résulter de cette solution, l'aliéné pourra toujours s'adresser au procureur de la République qui usera du droit que lui confère l'art. 32 [2].

La commission de surveillance des établissements publics pourra elle aussi demander à être déchargée de ses fonctions d'administrateur légal en provoquant la nomination d'un administrateur provisoire judiciaire (art. 32).

Dans tous les cas la nomination sera faite par le Tribunal, s'il le juge à propos en chambre du conseil, après avis du conseil de famille et sur les conclusions du ministère public (art. 31-4°). Le jugement n'est pas susceptible d'appel [3] (art. 32).

1035. Peut-on nommer un administrateur provisoire à un aliéné qui, avant son internement, a donné à un tiers une procuration générale ? Certains le nient, établissant une analogie entre la situation de l'aliéné et celle de l'absent [4].

Nous pensons que même dans ce cas la nomination d'un administrateur provisoire pourra être nécessaire, par exemple, si le mandataire, choisi à un moment où les facultés

[1] Demolombe, VIII, n. 816.
[2] Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, texte et note 6.
[3] Caen, 15 nov. 1870, S., 72. 2. 308, D., 73. 2. 238.
[4] Chardon, *Puiss. tutél.*, n. 189.

mentales de l'aliéné commençaient à décliner, ne présentait pas de garanties suffisantes [1].

1036. Lorsque la personne internée est une femme mariée, il semble contraire à la loi d'opposer à la puissance maritale un administrateur provisoire ; les pouvoirs du mari seront suffisants pour assurer toutes les garanties nécessaires. Toutefois cette nomination deviendra nécessaire lorsque les intérêts des époux seront en opposition [2].

1037. II. **Fonctions et pouvoirs de l'administrateur provisoire.** — Comme la tutelle, l'administration provisoire est une charge obligatoire et gratuite ; aussi l'art. 34 de la loi de 1838 admet-il les mêmes incapacités, causes d'exclusion ou de destitution qu'en matière de tutelle.

1038. Les fonctions de l'administrateur sont restreintes aux actes d'administration : il ne peut faire d'autres actes même avec l'autorisation du conseil de famille ; s'il y avait lieu d'y procéder, le seul moyen serait de provoquer l'interdiction de l'aliéné. Il est certain que ces attributions trop étroites constituent un inconvénient considérable pour l'aliéné, on verra dans quelle mesure les projets de loi y remédient.

Les attributions sont les mêmes, sauf quelques différences de détail, qu'il s'agisse de l'administrateur provisoire désigné par le tribunal ou de celui qui est nommé par la commission de surveillance dans les asiles publics.

L'art. 31 énumère un certain nombre d'actes que l'administrateur provisoire pourra accomplir, cette énumération n'est pas limitative.

1039. 1° *Recouvrement des créances.* — Le pouvoir de recouvrer les créances de l'aliéné implique non seulement celui d'en recevoir le paiement mais encore celui d'en poursuivre le recouvrement, à la condition toutefois qu'il y ait titre exécutoire, sinon il y aurait lieu à demande en justice

[1] Demolombe, VIII, n. 815 ; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 814, note 6.

[2] Cass., 14 fév. 1881, S., 81. 1. 104. — Rouen, 25 fév. 1880, S., 80. 2. 253, D., 81. 2. 276. Ces arrêts ont précisément statué dans une hypothèse où les intérêts des époux étaient opposés ; la femme avait intenté une action en séparation de corps, le mari refusait de payer la pension alimentaire et négligeait d'administrer la fortune de sa femme. Cependant ils paraissent admettre qu'il y aura lieu à nomination d'un administrateur provisoire quel que soit le régime matrimonial.

et par conséquent à nomination d'un mandataire spécial *ad litem*. Ces créances doivent recevoir un emploi ; elles seront versées directement entre les mains du receveur et employées d'abord au profit de l'aliéné, aux dépenses qu'entraîne son traitement, et ensuite à ses charges de famille et à l'acquittement de ses dettes (art. 31).

1040. 2° *Vente du mobilier.* — L'administrateur provisoire pourra avec l'autorisation du président du tribunal, — du domicile de l'aliéné, suivant nous [1], — faire vendre le mobilier. Pour les meubles incorporels, la loi du 27 février 1880 (art. 8) étend les formalités qu'elle édicte aux valeurs mobilières des aliénés. Signalons ici une différence entre les aliénés placés dans un établissement public et ceux qui sont internés dans un établissement privé ; pour les premiers, c'est la commission de surveillance de l'établissement qui jouera le rôle de conseil de famille, quant aux autres, le conseil de famille conserve ses pouvoirs [2]. La loi de 1880 exige l'accomplissement d'un certain nombre de formalités, mais à la différence de ce qui se passe en matière de tutelle ou d'interdiction, nous n'avons pas ici de subrogé tuteur chargé de contrôler : c'est encore une lacune de la loi.

1041. On a discuté le point de savoir si l'administrateur provisoire pourrait opérer avec l'autorisation du président du tribunal la vente d'un office ministériel. On s'est appuyé, pour lui refuser ce droit, sur ce que la vente des meubles doit avoir lieu aux enchères : or il est contraire à l'ordre public qu'un office soit vendu dans ces conditions [3]. D'autres arrêts ont admis que cette vente pourrait se faire après une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal [4]. Nous croyons que l'office ministériel peut être vendu : la loi ne fait aucune distinction. Mais on ajoute à la loi en exigeant d'autres formalités que l'autorisation du président du tribunal.

(1) Voir Demolombe, VII, n. 809.

(2) Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 819 ; Buchère, *Comment. de la loi* du 27 fév. 1880, n. 131.

(3) Metz, 8 déc. 1868, S., 69. 2. 133, D., 69. 2. 40.

(4) Lyon, 22 juin 1865, S., 66. 2. 16. — Cf. circ. min. du 9 juin 1857.

1042. *Placements des deniers.* — On a vu quel serait l'emploi des sommes provenant du recouvrement des créances : il serait identique pour le prix de la vente du mobilier. Mais s'il y a un excédent que deviendra-t-il? Si l'administration est légale la loi est formelle : il sera versé dans la caisse de l'établissement (art. 31). Mais si l'administrateur est judiciaire comment pourra-t-il le placer? Un arrêt de la cour de Grenoble a décidé que l'administrateur provisoire, à moins de se munir d'une autorisation du conseil de famille, ne pourrait faire d'autres placements qu'en actions de la Banque de France ou en rentes sur l'Etat [1]. Ce système nous paraît trop rigoureux : la loi tout d'abord est muette et le placement des capitaux rentre dans les limites de l'administration : le tuteur, auquel on peut assimiler l'administrateur provisoire, n'est soumis à ce point de vue à aucune condition spéciale et la loi du 27 février 1880 n'a apporté aucune modification sauf la nécessité de faire l'emploi dans un délai de trois mois (art. 6).

1043. 3° *Baux.* — Aux termes de l'art. 31 de la loi de 1838 l'administrateur provisoire ne peut passer que des baux d'une durée de trois ans. Cette durée est insuffisante surtout quand il s'agit de biens ruraux ou d'établissements industriels. Pourquoi ne pas donner à cet égard à l'administrateur provisoire les mêmes pouvoirs qu'aux administrateurs ordinaires?

1044. 4° *Pouvoir de recevoir les significations faites à la personne internée.* — Ce droit lui est conféré par l'art. 35 : mais il ne s'agit ici que de l'administrateur judiciaire. Quand il n'y a pas d'administrateur judiciaire les significations devront être faites au domicile de l'aliéné. Le principe de l'art. 35 reçoit exception, même au cas d'administration judiciaire, pour les protêts, à cause du délai très court dans lequel ils doivent être faits (art. 173 C. com.). Les tribunaux pourront d'ailleurs, suivant les circonstances, annuler les significations à domicile [2].

[1] Grenoble, 27 fév. 1884, *Journ. arr. Grenoble*, 1884, p. 207.
[2] Caen, 30 déc. 1857, S., 58. 2. 625. D., 58. 2. 147.

En cas de décès de l'administrateur provisoire, on n'est plus dans les termes de l'art. 35; par conséquent les significations devront être faites à l'aliéné lui-même, non pas à son domicile, mais à l'asile [1].

1045. 3° *Pouvoir de représenter l'aliéné dans les inventaires, partages et liquidations.* — Ceci résulte de l'art. 36, qui ne parle d'ailleurs que des opérations intéressant des successions acceptées par l'aliéné avant l'internement.

Mais il importe de bien préciser le sens exact de cette disposition qui est ainsi conçue : « *A défaut d'administrateur provisoire, le président, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les personnes non interdites placées dans les établissements d'aliénés, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquelles elles seraient intéressées* ».

La première question qui se pose est relative à la forme du partage. Si l'on s'en tenait à la lettre de l'art. 36, il semble bien que l'administrateur provisoire pourrait procéder à l'amiable au partage de la succession. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit de la loi; il faut observer en effet que la rédaction de l'art. 36 est identique à celle de l'art. 113 C. civ. pour le cas de présomption d'absence, et que d'autre part l'art. 838 C. civ. prescrit le partage judiciaire lorsque *tous les cohéritiers ne sont pas présents*. Par conséquent, nous devons décider pour l'aliéné, par analogie, que l'intervention de la justice sera nécessaire ; rien n'est plus logique car on ne comprendrait pas que le législateur ait privé l'aliéné, qui est un incapable, d'une garantie qu'il accorde à tous les incapables.

1045 *bis*. Mais cette solution fait naître une seconde difficulté. Puisque le partage nécessite une instance judiciaire, l'administrateur provisoire n'a qualité ni pour le provoquer ni pour y défendre, car aux termes de l'art. 33 de la loi de 1838 les instances doivent être suivies ou engagées par un mandataire spécial nommé par le tribunal. L'art. 33 ne fait aucune distinction et nous estimons que l'action en partage

[1] Cass., 11 mars 1865, S., 65. 1. 233, D., 65. 1. 123.

est bien une des instances auxquelles cet article fait allusion [1].

Mais alors quel sera le rôle de l'administrateur provisoire et n'y a-t-il pas contradiction entre l'art. 33 et l'art. 36 de la loi de 1838? Suivant nous, le pouvoir de l'administrateur provisoire se réduira à assister et à prendre part aux opérations préliminaires du règlement de la succession qui pourront être effectuées avant l'assignation, ou tout au moins à celles pour lesquelles, lorsqu'il y a un incapable, l'intervention de la justice n'est pas nécessaire.

1046. Cette question de la représentation dans les opérations relatives aux successions a fait naître celle de savoir si l'administrateur provisoire pouvait accepter ou répudier une succession échue à l'aliéné. Il faut répondre négativement, ces pouvoirs excédant les pouvoirs d'un administrateur ordinaire (cf. art. 461 et 497 C. civ.). Il ne faut même pas l'autoriser à accepter bénéficiairement; cette acceptation est un acte de disposition, puisque l'héritier bénéficiaire est soumis au rapport, d'où un danger pour l'aliéné s'il a reçu une libéralité supérieure à sa part de succession [2-3].

1047. III. Responsabilité de l'administrateur provisoire. — La loi de 1838 ne s'en est pas occupée. Il faut donc appliquer les règles du droit commun qui sont celles du mandat et non celles de la tutelle.

1° *Administration légale.* — Si l'aliéné est dans un établissement public, trois personnes peuvent voir leur responsabilité engagée :

A. L'administrateur légal, mais seulement au cas de faute lourde ou grossière; c'est qu'en effet il n'est qu'un délégué qui n'a en aucune façon le maniement des deniers de l'aliéné.

[1] Aix, 6 juil. 1865, S., 66. 2. 213, P., 66. 824. — Bordeaux, 18 juil. 1888, S., 89. 2. 64, P., 89. 1. 348. — Paris, 11 août 1891, S., 92. 2. 185; 26 janv. 1892, S., 92. 2. 185, D., 92. 2. 87; 15 et 25 mars 1892, S., 92. 2. 185, D., 92. 2. 229. — Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 821, texte et note 18 *bis* : Demolombe, VIII, n. 837; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Aliéné*, n. 40.

[2] Aubry et Rau, *eod. loc.*; Demolombe, *eod. loc.* : Laurent, V, n. 395; Huc, III, n. 535.

[3] V. *infrà*, n. 1053. On verra comment la jurisprudence a essayé de tourner la difficulté.

B. Le receveur de l'établissement; sa responsabilité est toute naturelle, puisque c'est lui qui est le caissier de l'aliéné. Il devra, à la sortie de l'aliéné, lui restituer le reliquat de son compte; cette obligation est garantie par un privilège sur son cautionnement (art. 31). Si ses biens ne suffisent pas, l'aliéné ne peut pas se retourner contre l'établissement [1].

C. L'établissement en tant que personne morale. Sa responsabilité sera très rare, car il doit avoir la personnalité civile; or, on ne la reconnaît pas en général aux établissements départementaux.

2° *Administrateur judiciaire.* — Si l'administration est judiciaire, l'administrateur, qui a seul le maniement des fonds, est seul responsable de tous ses actes de gestion et des sommes qu'il a perçues pour l'aliéné.

1048. IV. Garanties données à l'aliéné. — L'aliéné n'a pas une hypothèque légale. Mais si l'administration est déférée par le tribunal, le jugement peut, à la demande des intéressés ou du procureur de la République, constituer sur les biens de l'administrateur une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 34).

Il ne s'agit pas d'une hypothèque légale, donc elle n'est pas dispensée d'inscription; elle devra être inscrite dans les quinze jours à la requête du procureur de la République et elle ne prendra rang qu'à dater de l'inscription [2].

Cette hypothèque pourrait-elle être constituée postérieurement au jugement, si, bien entendu, celui-ci n'avait pas statué? Certains auteurs l'admettent [3]. Nous croyons l'opinion contraire plus conforme à l'esprit de la loi : le législateur n'a pas voulu, après coup, aggraver la situation de l'administrateur [4].

1049. V. Fin de l'administration provisoire. — L'administration provisoire prend fin :

1° Par la sortie de l'aliéné;

2° Par son interdiction : dans ce cas, les pouvoirs de

[1] Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 822 et 823.
[2] Demolombe, VIII, n. 824; Aubry et Rau, III, § 264; Laurent, V, n. 396.
[3] Demolombe, *eod. loc.*
[4] Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 824.

l'administrateur sont prorogés jusqu'à la nomination du tuteur [1].

3° Si l'administration est judiciaire, par l'expiration d'un délai de trois ans (art. 37). Le tribunal pourra renouveler pour une nouvelle période les pouvoirs de l'administrateur; et la charge n'en reste pas moins obligatoire [2].

§ III. *Mandataire* ad litem.

1050. D'après l'art. 33 de la loi de 1838, l'administrateur provisoire n'a pas qualité pour représenter l'aliéné en justice [3]; cette mission est confiée à un mandataire spécial qui est nommé par le tribunal.

Le tribunal est-il obligé de procéder à cette nomination? Une distinction résulte de l'art. 33. S'agit-il de défendre à une action dirigée contre l'aliéné soit avant, soit depuis son internement, le tribunal ne pourra se dispenser de désigner un mandataire *ad litem,* et il le fera sur la demande de l'administrateur provisoire ou du procureur de la République, mais, au contraire, cette nomiuation sera facultative pour le tribunal, qui jouira d'un pouvoir souverain d'appréciation quand il s'agira d'intenter une action au nom de l'aliéné [4].

1051. La disposition de l'art. 33 est une disposition générale qui doit s'appliquer à toutes les contestations sans distinction [5].

Que décider cependant s'il s'agit d'une demande d'inter-

(1) Rouen, 13 fév. 1855, S., 55. 2. 510, D., 65. 2. 56.

(2) Demolombe, VIII, n. 827; Aubry et Rau, I, § 127 *bis,* p. 825.

(3) Dans un cas cependant, l'administrateur provisoire peut agir en justice, c'est au cas d'une action tendant à obtenir le paiement d'une pension alimentaire (art. 27). Lorsque l'administration provisoire est judiciaire, il nous paraît certain que l'art. 27 admet une exception au principe que l'administrateur provisoire n'a pas qualité pour agir. Mais si elle est légale, nous pensons avec MM. Aubry et Rau (I, § 127 *bis,* note 17), que l'art. 27 contient plutôt une application de l'art. 1166 C. civ.; l'administrateur provisoire agit alors comme représentant de la commission administrative qui exerce elle-même un droit de l'aliéné *son débiteur.*

(4) Paris, 23 mai 1873, S., 73. 2. 248, D., 74. 5. 24; Aubry et Rau, I, § 127 *bis,* p. 821.

(5) Cass., 20 mars 1878, S., 78. 1. 307, D., 78. 1. 180; 7 juin 1899, D., 1900. 1. 8. — Caen, 10 nov. 1875, S., 76. 2. 35. — Paris, 24 avril 1872, S., 72. 1. 35, D., 72. 2. 172. — Bordeaux, 18 juill. 1888, S., 89. 2. 64, D., 90. 2. 51.

diction? La difficulté vient de ce que l'interdiction comporte une procédure spéciale réglée par les art. 489 à 513 C. civ., 890 à 898 Pr. civ.

Trois systèmes peuvent se concevoir.

1° On peut dire tout d'abord que l'art. 33 de la loi de 1838 s'appliquera exclusivement, que l'aliéné sera représenté par le mandataire *ad litem* et ne paraîtra pas au procès [1]. Cette opinion est beaucoup trop absolue : elle revient à dire que la loi de 1838 a voulu supprimer sur ce point les principes de l'interdiction : or il est certain que cette loi qui a voulu organiser un système de protection pour ceux que leur aliénation mentale a conduits dans un établissement, n'a pas pu avoir la pensée de supprimer d'autres garanties au moins aussi bonnes organisées déjà par le Code civil. En matière d'interdiction, il est indispensable que le tribunal puisse se rendre compte par lui-même de l'état de l'aliéné : il faut que l'aliéné qui peut avoir des intervalles lucides puisse se défendre lui-même, faire entendre sa voix.

2° On peut soutenir l'opinion exactement contraire : c'est la procédure d'interdiction telle qu'elle est réglée par les Codes civil et de procédure civile qui doit être seule appliquée; quant au système inauguré par la loi de 1838, il faut complètement l'écarter, donc pas de mandataire *ad litem*. Rien dans les travaux préparatoires de la loi de 1838, dit-on, n'indique qu'on ait voulu modifier les règles de la procédure d'interdiction. La nomination du mandataire *ad litem* est incompatible avec les règles de la procédure d'interdiction : ainsi l'art. 893 C. Pr. civ. dit que si les circonstances l'exigent, l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur, mais que, dans ce cas, son conseil pourra le représenter. En dira-t-on autant du mandataire *ad litem?* Enfin il serait assez bizarre de voir l'aliéné non interné, auquel on ne peut nommer un mandataire spécial, moins protégé que l'aliéné interné [2].

[1] Paris, 15 avril 1875, D., 75. 2. 233.

[2] Caen, 27 avril 1857, D., 58. 2. 147. — Nancy, 4 juil. 1860, D., 63. 5. 230. — Caen, 14 juil. 1870, D., 70. 2. 209, et 26 avril 1882, S., 82. 2. 223. — Bertin, *op. cit.*, t. II, 462; *Pand. franç.*, v° aliénés, Bordeaux, 1906. 2. 117.

3° Nous pensons qu'il faut suivre à la fois les deux procédures. De quoi se plaint-on? D'un supplément de protection, d'un surcroît de garantie donné par une loi à certaines personnes, et nous ne comprenons pas que, pour les en priver, on vienne argumenter de ce fait que d'autres personnes n'ont pas le même traitement : qu'y a-t-il vraiment de si étrange et de si antijuridique dans ce fait que la situation de l'aliéné non interné prévue par le Code civil soit différente de celle de l'aliéné interné réglée par la loi de 1838? Nous ne voyons pas davantage pourquoi et comment la nomination du conseil judiciaire est incompatible avec la procédure d'interdiction : la défense de l'aliéné n'en sera que mieux assurée et voilà tout. Quant aux travaux préparatoires, on n'y trouve assurément nulle part que la loi de 1838 ait voulu supprimer la procédure de l'interdiction, mais on n'y trouve pas non plus que pour cette hypothèse spéciale elle n'ait pas voulu y ajouter. La généralité absolue de l'art. 33 autorise cette supposition [1].

1052. Le mandat conféré par le tribunal est, aux termes mêmes de notre article, un mandat spécial. Le tribunal ne pourrait donner un mandat général [2]. Mais faudra-t-il une désignation spéciale pour suivre une même action devant chaque degré de juridiction? Il a été jugé d'une façon générale qu'une seule autorisation suffisait [3]. Nous l'admettons bien quand il s'agira de défendre à une action dirigée contre l'aliéné; au surplus, dans ce cas, l'autorisation est obligatoire pour le tribunal. Mais quand il s'agit d'une action intentée au nom de l'aliéné, il y a pour lui un intérêt considérable à ce que le tribunal puisse supputer les chances de succès d'une voie de recours et accorder ou refuser en conséquence l'autorisation.

1053. La cour de Paris a étendu d'une façon assez curieuse,

[1] Angers, 6 nov. 1899, S., 1900. 2. 128. — Bordeaux, 10 avril 1905, *Pand. franç.*, 1906. 2. 117.

[2] Cass., 19 mai 1893, S., 94. 1. 125. — Caen, 30 déc. 1857, S., 58. 2. 625, D., 58. 2. 147. — Amiens, 29 juill. 1893, *Le Droit*, 28 janv. 1894. — Demolombe, VIII, n. 834; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 821.

[3] Paris, 15 déc. 1894, S., 95. 2. 37.

les pouvoirs du mandataire *ad litem* : elle lui a reconnu le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire une succession échue à l'aliéné [1]. Elle a été inspirée par la nécessité de remédier à l'inconvénient qui résulte de ce que l'administrateur provisoire n'a pas qualité pour accepter une succession même bénéficiairement, et de ce qu'il faut, dans ce cas, provoquer l'interdiction. Comment a-t-elle justifié sa théorie? Puisque le mandataire *ad litem* a qualité pour intenter une action en partage, il doit forcément pouvoir faire tous les actes nécessaires pour arriver à la liquidation et au partage ; or le premier acte à faire est de commencer par accepter la succession. Elle a étendu cette solution à l'acceptation de la communauté [2]. Il faut ajouter que cette même cour a cependant adopté l'opinion contraire dans deux autres décisions [3]. C'est cette dernière théorie qui triomphe en jurisprudence et en doctrine, et nous l'adoptons. Comme on l'a fait observer avec raison, le seul argument qu'on invoque contient une véritable pétition de principe [4]. D'ailleurs n'est-il pas illogique d'accorder à un *mandataire spécial* des pouvoirs que l'on refuse à l'administrateur provisoire, chargé cependant de la gestion générale des biens de l'aliéné?

§ IV. *Du notaire.*

1054. L'article 36 de la loi de 1838 décide qu'à défaut d'administrateur provisoire le président du tribunal désignera, à la requête de la partie la plus diligente, un notaire pour représenter les aliénés non interdits dans les inventaires, comptes, partages et liquidations.

Il résulte du texte lui-même que le notaire ainsi commis ne fait que remplacer l'administrateur et qu'il n'a pas plus de pouvoir que lui. Il ne saurait donc, pas plus que lui, accepter une succession échue à l'aliéné.

(1) Paris, 11 avril 1891, S., 92. 2. 185; 26 janv. 1892, S., 92. 2. 185, D., 92. 2. 77.
(2) Paris, 9 août 1892, S., 93. 2. 47, D., 93. 2. 600.
(3) Paris, 15 mars 1892, S., 92. 2. 185, D., 92. 2. 229. — Paris, 25 mars 1892, S., 92. 2. 185, D., 93. 2. 22.
(4) Caen, 15 nov. 1870, S., 72. 2. 308. — Lille, 27 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 222. — Voir Demolombe, XIII, n. 836; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 821, note 18 *bis*.

Le législateur a évidemment prévu le cas de succession : mais faut-il restreindre à cette hypothèse la disposition de l'article 36, et ne pourrait-on pas admettre qu'un notaire sera commis pour toutes sortes d'inventaires, comptes, partages et liquidations et notamment pour recevoir les comptes de l'administration provisoire dont la mission cesserait avant la guérison de l'aliéné? Nous croyons cette solution parfaitement juridique puisque le texte ne parle pas spécialement des successions; en outre nous la trouvons d'une utilité incontestable [1].

SECTION II

CAPACITÉ DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

1055. La capacité civile [2] de ces personnes est réglée par l'article 39 de la loi de 1838 : « *Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. — Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue qui a souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive, de la maison d'aliénés; — Et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers* ».

En l'absence de ce texte, le sort des actes passés par une personne non interdite pendant son séjour dans un établisse-

[1] Cass., 23 mai 1882, S., 83. 1. 97, note Labbé, D., 82. 1. 367.

[2] En ce qui concerne les droits civiques et de famille, voyez l'art. 18 du décret du 2 février 1852 pour le droit de vote, — l'art. 2 § 12 de la loi du 21 novembre 1872, pour le droit de faire partie du jury, — pour l'exercice de la puissance maritale, notre traité *Des personnes*, II, p. 744; pour l'exercice de la puissance paternelle, *suprà*, n. 222 s.; le droit d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille, *suprà*, n. 454 s.

ment d'aliénés, serait demeuré régi par les règles du droit commun, d'après lesquelles les actes accomplis par un fou sont inexistants. Tout intéressé aurait pu invoquer cette inexistence soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sous la seule condition de prouver la démence au moment même de l'acte, et sans avoir à redouter aucune prescription, le temps ne pouvant pas confirmer le néant.

Le droit commun donnait peut-être une protection suffisante aux divers intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence, et on peut regretter que le législateur ait cru devoir y déroger. Il est peu probable d'ailleurs qu'il se soit rendu un compte exact de la portée de la dérogation qu'il établissait, car à cette époque la théorie des actes inexistants et des actes simplement nuls ou annulables n'avait pas encore commencé à pénétrer dans la pratique.

Il résulte très nettement de l'art. 39, dont nous venons de transcrire le texte, que les actes passés par une personne non interdite retenue dans un établissement d'aliénés durant son séjour dans cet établissement ne sont pas inexistants mais simplement nuls ou annulables.

Sur ce point il n'y a jamais eu de désaccord [1], et nous verrons bientôt les conséquences qu'il y a lieu de déduire de ce caractère.

1056. Mais que faudra-t-il prouver? Trois systèmes ont été proposés.

1° Pour certains auteurs la loi de 1838 aurait établi une présomption de folie contre les actes faits pendant le séjour dans un établissement d'aliénés : le demandeur en nullité n'aurait donc rien à prouver. Mais le défendeur pourrait établir que l'acte a été accompli dans un intervalle lucide, et ce serait là la différence qui distinguerait ces actes de ceux de l'interdit qui sont « *nuls de droit* » sans qu'on puisse prouver l'intervalle lucide. Cette théorie réside toute entière dans une affirmation et l'on chercherait en vain chez ses partisans les arguments sur lesquels on l'appuie [2].

[1] Duranton, III, n. 730; Demolombe, VIII, n. 852; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 87; Baudant, III, n. 1002, p. 632; Planiol, I, n. 2646.

[2] Huc, III, n. 582; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 307 *bis*, I s.

1057. 2° Dans un second système on se borne à dire que ce sera toujours au demandeur en nullité à faire la preuve, mais la preuve qu'il aura à fournir ce ne sera pas celle de la démence au moment où l'acte a été passé, mais simplement celle de la démence notoire vers cette époque ; en d'autres termes, la situation des aliénés non interdits mais internés est analogue à celle qui est faite à l'interdit pour les actes antérieurs à l'interdiction, situation réglée par l'art. 503 qui déclare ces actes annulables pour démence notoire à l'époque où l'acte a été passé.

Les arguments sur lesquels repose cette théorie consistent uniquement dans la réfutation de la troisième opinion que nous allons examiner et adopter, et dont le principe est que ces actes pourront être annulés pour cause de démence au moment même de l'acte. Si le législateur avait voulu adopter cette solution, il n'aurait pas certainement renvoyé à l'art. 1304 C. civ., qui ne s'est jamais appliqué à la nullité pour défaut de consentement (nullité radicale) et qui ne vise que les incapables ; c'est donc que l'interné est un incapable ; or le défaut de consentement, la démence au moment de l'acte, ne constitue pas une incapacité [1].

1058. 3° En ce qui concerne la preuve à faire, l'art. 39 ne fait qu'appliquer le droit commun, c'est-à-dire que ce sera à celui qui agit en nullité à établir qu'au moment où il a passé l'acte l'interné était en état de démence. Telle est l'opinion de la majorité des auteurs [2].

Les autres systèmes proposés vont malheureusement d'une façon formelle à l'encontre du texte de la loi, et ne tiennent aucun compte de l'intention du législateur qui a été cependant exprimée bien clairement lors de la discussion de cet article. Le texte est d'abord formel : les actes pourront être attaqués « *pour cause de démence* ». La conclusion forcée n'est-elle pas qu'il faudra prouver la démence ? Mais il y a plus : au texte proposé par la commission de la chambre des

[1] Marcadé, II, p. 320 ; Taulier, II, p. 128 ; Beudant, III, n. 1002, p. 632 ; Planiol, I, n. 2647.

[2] Demolombe, VIII, n. 853 ; Laurent, V, n. 399 ; Duranton, III, n. 730 ; Aubry et Rau, I, § 127 *bis*, p. 827.

pairs on avait opposé un amendement ainsi conçu : « Les actes faits par un individu placé dans un établissement d'aliénés pendant le temps qu'il y aura été détenu, *seront nuls, sauf toutefois à la partie à laquelle la nullité sera opposée de prouver que cet individu était sain d'esprit au moment où l'acte a été passé* ». C'était évidemment créer une présomption d'incapacité, c'était admettre la théorie absolument contraire à celle de la commission, et c'est bien dans ce sens que l'amendement fut défendu par son auteur M. Laplagne-Barris [1]. Mais l'amendement fut repoussé sur cette raison invoquée par le ministre de la justice que l'internement n'ayant aucune publicité, les tiers pourraient éprouver un préjudice sans que cependant aucune faute leur fût imputable. On le voit donc, le législateur a bien voulu que la preuve fût rapportée de la démence au moment même de l'acte.

Il est bien certain d'ailleurs que le tribunal jouit d'un très large pouvoir d'appréciation, et que l'internement, établissant pour ainsi dire une présomption de fait de la folie de l'aliéné au moment de l'acte, le rendra moins sévère pour la preuve à fournir.

1059. Est-ce à dire que la loi de 1838 a simplement appliqué le droit commun ? Assurément non. Elle a innové, ou plutôt combiné d'une façon qui n'est peut-être pas très heureuse, les principes généraux du consentement, de l'interdiction et quelques règles nouvelles. Voici quelles sont les innovations :

A. D'après le droit commun, l'acte fait par un dément est, du moins dans l'opinion générale, nul d'une nullité radicale pour défaut de consentement (art. 1108 C. civ.). Par suite, tout intéressé peut se prévaloir de la nullité. Quand il s'agit d'un acte passé par un aliéné interné, la nullité est relative et ne peut être invoquée que par l'aliéné ou ses représentants.

Comment concilier cependant ces deux idées de nullité relative pour absence du consentement, pour démence au moment de l'acte ? Le régime établi pour l'aliéné interné lui

[1] *Moniteur* du 14 février 1838.

paraît ainsi plus défavorable que s'il n'était pas interné : la protection cependant devrait être plus efficace pour l'aliéné interné, puisque la loi a organisé pour lui une protection spéciale. Voici l'explication la plus plausible de cette anomalie apparente.

Le législateur de 1838 s'était demandé si la convention serait inexistante ou simplement annulable, et ce qui l'avait frappé, c'était que la preuve de la démence n'est pas difficile à faire en cas d'internement comme lorsqu'il s'agit d'une personne qui n'est pas internée : quoi de plus simple, en effet, que de présenter au tribunal un extrait du registre sur lequel le médecin de l'établissement constate l'état des malades, et alors, à raison de la facilité de la preuve, on pensa que, dans l'intérêt des tiers, dans l'intérêt général des transactions, il était préférable de ne laisser attaquer l'acte que pendant un laps de temps assez court ; c'est ainsi qu'on fut amené à l'idée d'une nullité relative. On avait même pensé à la chambre des pairs ne donner qu'un délai d'un an à partir, il est vrai, du moment où, après sa sortie de l'établissement, l'aliéné aurait connaissance de l'acte. C'est la chambre des députés qui adopta le délai de dix ans, celui de l'art. 1304 C. civ. (v. rapport de M. de Barthélemy à la chambre des pairs, 29 juin 1837 et 22 mai 1838, *Moniteur* du 4 juillet 1837 et 23 mai 1838) [1].

B. Suivant l'art. 504 C. civ., les actes d'un individu ne peuvent être attaqués après sa mort qu'autant que la preuve de la démence résulte de l'acte lui-même ou que son interdiction a été provoquée de son vivant. Au contraire, les héritiers de l'individu interné peuvent attaquer ses actes après sa mort, conformément aux principes généraux, en prouvant la démence au moment de l'acte.

C. Enfin l'acte accompli dans un moment de démence étant nul d'une nullité radicale ne peut être confirmé ou ratifié expressément ou tacitement, la nullité ne peut se couvrir par

[1] Cf. Lacoste, note Poitiers, 30 oct. 1893, S., 95. 2. 225. — Dans son remarquable rapport à la Société d'études législatives (1904, p. 276 et s.), M. Saleilles penche du côté du second système, tout en reconnaissant d'ailleurs et en expliquant de la façon la plus complète que, « sur ce point, tout est resté incertain ».

la prescription, il peut donc être attaqué à toute époque. Au contraire, l'action en nullité contre un acte passé par un individu interné se prescrit par dix ans. A ce point de vue, la situation de la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés est la même que celle de l'interdit.

1060. Mais, de plus, la loi de 1838 a introduit une innovation importante en ce qui concerne le point de départ du délai de dix ans. Les dix ans, à l'expiration desquels l'action en nullité est prescrite, courent pour les actes passés par un interdit à dater de la cessation de l'interdiction (art. 1304). L'art. 39 de la loi de 1838 détermine le point de départ de la prescription d'après d'autres vues, quand il s'agit des actes passés par une personne non interdite durant son séjour dans un établissement d'aliénés. Les dix ans de l'action en nullité ne courront, pour chaque acte, qu'à compter de la signification qui en aura été faite soit à l'aliéné après sa sortie de l'établissement, soit à ses héritiers après sa mort, ou à partir du jour où l'aliéné ou ses héritiers auront eu connaissance de l'acte. Disposition excellente! car autrement la prescription aurait pu s'accomplir sans que les intéressés eussent les moyen de l'interrompre. L'inconvénient n'eût pas été grave si l'acte n'avait pas encore reçu son exécution et si du moins on admet l'application de la règle *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

On peut regretter que notre loi n'accorde pas la même protection à l'interdit ou à ses représentants. Souvent il arrivera qu'un interdit ignorera l'existence d'un acte par lui passé durant son interdiction; ses héritiers l'ignoreront plus fréquemment encore, et alors, au bout de dix ans depuis la cessation de l'interdiction, ils subiront les conséquences d'une prescription qu'ils n'ont jamais pu conjurer. Quand on leur révélera l'existence de l'acte et qu'on en demandera l'exécution contre eux, il ne sera plus temps de l'attaquer. L'interné non interdit est mieux protégé que l'interdit.

On a bien tenté d'appliquer *a fortiori* la disposition de l'art. 39 aux interdits internés [1]. Mais cette extension nous

[1] Demolombe, VIII, n. 860; Demante et Colmet de Santerre, II, n. 307 *bis*, II.

paraît impossible, le texte est formel et ne vise que les aliénés non interdits [1].

SECTION III

CRITIQUES FORMULÉES CONTRE LA LOI DU 30 JUIN 1838, RÉFORMES PROPOSÉES

1061. On a formulé contre les dispositions de la loi de 1838, en ce qui touche la condition civile des aliénés, de nombreuses et justes critiques.

D'une façon générale, tout d'abord, on peut dire que ces règles, suffisantes lorsque l'internement est temporaire, de courte durée, sont tout à fait incomplètes lorsque l'internement se prolonge, ce qui arrive le plus souvent. L'aliéné et les tiers cessent d'être suffisamment protégés; il n'est pas en effet en état d'incapacité puisque ses actes sont simplement annulables à la condition de prouver qu'ils ont été accomplis en état de démence.

La loi a organisé un système d'administration trop compliqué; on a vu que trois personnes au moins ont à s'occuper de l'aliéné, les tiers ignorent quelles sont leurs attributions respectives et hésitent naturellement à traiter avec eux. Le mal serait peut-être moins grand si l'une d'elles avaient du moins des pouvoirs assez étendus, mais au contraire les pouvoirs de l'administrateur sont réduits aux actes conservatoires, aux actes de pure administration. Dès lors qu'il s'agira d'accomplir un acte excédant ces limites — ce qui sera souvent nécessaire, ne serait-ce par exemple que pour prendre parti sur une succession — on n'aura d'autre ressource que de provoquer l'interdiction de l'aliéné, ce qui ne sera pas toujours possible, ou bien de profiter d'un intervalle lucide pour lui faire passer l'acte.

Bien que les personnes qui auront à s'occuper de l'aliéné soient très nombreuses, aucune d'elles cependant ne peut se prévaloir d'un pouvoir de contrôle bien défini sur les autres. La seule qui pourrait, dans une certaine mesure, exercer une

[1] Aubry et Rau, I, § 128, p. 828.

surveillance ce serait le curateur ; mais on sait qu'il n'est nommé que sur la demande de certaines personnes qui pour la plupart auront le plus souvent un intérêt contraire à cette nomination et auront soin de ne pas la provoquer. Quant au procureur de la République il sera presque toujours le dernier à être averti des faits qui justifieraient ces mesures. Notons enfin que la loi laisse, pour ainsi dire, dans l'abandon la fortune des aliénés internés dans des établissements privés.

Ces critiques ont été l'objet de l'attention du législateur dans les divers projets de réforme dont les chambres ont été saisies et dont il a été question, *suprà*, n. 768.

Nous examinerons la proposition de M. Dubief telle qu'elle a été votée par la chambre des députés le 22 janvier 1907 (1-2).

Nous étudierons d'abord l'administration du patrimoine de l'aliéné et ensuite sa capacité.

1062. I. Administration des biens de l'aliéné. — Cette administration comporte deux rouages essentiels : un administrateur et un curateur à la personne.

1° *Administrateur.* — Cet administrateur peut être soit un administrateur provisoire légal, soit un administrateur définitif judiciaire ou datif.

A. *Administrateur provisoire légal.* — Art. 44 et 46.

a) *Nomination.* — L'art. 44 de la proposition de loi pose en principe que dans chaque département la commission de surveillance pourra désigner un ou plusieurs de ses membres pour remplir cette fonction : l'administrateur ainsi désigné devra remplir sa mission gratuitement.

Si l'administrateur n'a pu être désigné par la commission, il sera nommé par le ministre de l'intérieur sur une liste dressée par le tribunal civil du chef-lieu.

(1) Transmission au sénat le 29 janvier 1907.

(2) Nous laisserons complètement de côté tout ce qui, dans la loi, est réglementation administrative. La loi comprend quatre titres : Tit. I : Etablissements d'aliénés et surveillance. — Tit. II : Placements dans les établissements d'aliénés. — Tit. III : Dépenses et recettes des établissements d'aliénés. — Tit. IV : Pénalités. — Notons également que la proposition de loi s'est occupée d'une façon toute spéciale des aliénés criminels et des criminels devenus aliénés (tit. II, sect. III, art. 13 à 21).

On a beaucoup protesté contre cette nomination par le ministre : on crée ainsi un véritable fonctionnaire nouveau, une sorte d'officier ministériel qui, à raison des pouvoirs qui lui sont conférés, peut être considéré comme un liquidateur des biens de l'aliéné. Il sera rétribué : comment le sera-t-il ? Soit par vacations, soit au moyen de tant p. 100 sur les sommes qu'il aura encaissées pour l'aliéné : il aura donc intérêt à multiplier les vacations et les liquidations et il est à craindre, dans ces conditions, que des abus se produisent et que l'intérêt de l'aliéné ne passe au second plan, ce sera la dilapidation des biens des aliénés indigents, ceux dont il faut surtout se préoccuper, car pour les riches on procèdera à la nomination d'un administrateur judiciaire ou datif.

Il a été répondu d'abord que ce fonctionnaire n'interviendrait qu'à défaut de l'administrateur gratuit et qu'on était en droit d'espérer que les membres des commissions de surveillance tiendraient à honneur de remplir ces fonctions : de plus, le tableau présenté par les adversaires est un peu trop poussé au noir et d'ailleurs il ne faut pas perdre de vue que des mesures de surveillance ont été organisées par la loi qui empêcheront les abus que l'on paraît redouter. Dans tous les cas, il faut bien prévoir l'hypothèse où la commission de surveillance ne remplirait pas son devoir et on ne peut songer qu'à une intervention administrative : dans ces conditions la fonction doit être rétribuée, car si elle était imposée gratuitement, on aboutirait à une mauvaise administration.

Administration légale du conjoint. — Art. 48.

a) Le mari non séparé de corps [1] est *de droit* l'administrateur provisoire des biens de sa femme placée dans un établissement d'aliénés ou dans une colonie familiale.

b) La femme de l'aliéné qui a été l'objet d'un placement pourra simplement être autorisée par une ordonnance du président à faire les actes d'administration qu'il déterminera.

Cas où l'aliéné est commerçant ou engagé dans une exploitation agricole ou industrielle. — La proposition de loi prévoit

[1] Il serait à souhaiter qu'on ajoutât « ou de biens » puisqu'en cas de séparation de biens le mari n'a plus l'administration du patrimoine de sa femme.

dans ce même article 48 l'hypothèse où une exploitation agricole, industrielle ou commerciale se trouve engagée au moment de l'internement de l'aliéné : il y a là une situation particulière, un avenir et des intérêts à sauvegarder; le meilleur moyen c'est de fragmenter l'administration et de laisser la direction de l'affaire à ceux qui se trouvaient les cointéressés de l'aliéné (conjoint ou associé). C'est ce que décide la loi : la décision sera prise par le président du tribunal contradictoirement avec l'administrateur soit légal, soit judiciaire ou datif; le conjoint ou l'associé devront alors communiquer à l'administrateur au moins une fois par an, un état sur la situation financière de l'entreprise [1].

1063. b) *Pouvoirs de l'administrateur provisoire légal.* — Art. 50.

Ses pouvoirs seront ceux que l'administrateur provisoire possède en vertu de la loi de 1838, mais plus larges à certains points de vue :

1° Il pourra faire tous actes conservatoires;

2° Comme le mari administrateur des biens propres de la femme, il pourra défendre à toutes les actions, et intenter toute action mobilière ou immobilière possessoire.

3° En ce qui concerne les baux, il pourra passer seul ceux dont la durée n'excède pas trois ans : pour les baux de plus de trois ans, sans qu'ils puissent excéder neuf ans, il devra être autorisé spécialement par la commission de surveillance;

4° Avec cette même autorisation et sur l'avis favorable du médecin traitant, il pourra aliéner les meubles dont la valeur, d'après l'appréciation de la commission de surveillance, n'excédera pas 1.500 francs en capital; au-dessus de ce chiffre pour les meubles, et quel que soit le taux pour les immeubles, l'homologation du tribunal sur conclusions du ministère public deviendrait nécessaire, et la vente des immeubles devra être faite aux enchères publiques soit devant le tribunal, soit devant un notaire commis;

[1] La Chambre a repoussé une proposition tendant à étendre cette solution au profit du conjoint des ascendants, descendants, frères ou sœurs, dans le cas où l'aliéné serait propriétaire d'immeubles par indivis avec ses parents.

5° L'administrateur légal pourra recevoir toutes les sommes qui appartiennent à l'aliéné, et en donner quittance, quelle que soit leur origine ; mais l'emploi en est soigneusement réglé : si l'aliéné est interné dans un établissement public, l'administrateur provisoire devra les verser immédiatement à la caisse de l'établissement : le cautionnement du receveur les garantit par préférence aux créanciers de toute nature. Elles seront consacrées d'abord aux besoins de l'aliéné. L'emploi de l'excédent sera réglé par la commission de surveillance si cet excédent est inférieur à 1.500 francs : au-dessus, l'homologation du tribunal devient nécessaire ; si l'aliéné est placé dans un établissement privé, l'administrateur provisoire peut conserver entre ses mains les sommes nécessaires aux besoins de l'aliéné, avec approbation du président du tribunal si elles excèdent 1.500 francs. Au-dessous de ce chiffre, l'administrateur pourra les conserver sous le seul contrôle du curateur. Quant à l'emploi de ces sommes, il est réglé comme pour l'aliéné placé dans un établissement public ;

6° L'administrateur de l'aliéné, de même que le tuteur du mineur, devra se conformer à l'obligation de la loi du 27 février 1880, de convertir les titres au porteur en titres nominatifs. Tel est, à n'en pas douter, si l'on consulte les travaux préparatoires, l'esprit de la proposition de loi. Il ne faut donc pas s'en tenir aux termes de l'art. 50 *in fine* qui oblige simplement l'administrateur à déposer les titres au porteur à la caisse des dépôts et consignations : on a entendu uniquement viser par là l'hypothèse où le patrimoine de l'aliéné comprendrait des titres au porteur impossibles à convertir en titres nominatifs. D'ailleurs l'art. 51 déclare expressément que les dispositions de la loi de 1880 seront applicables à tous les administrateurs ;

7° En ce qui concerne les successions échues à l'aliéné, bien que la proposition de loi ne s'en explique pas formellement, nous estimons qu'elle décide implicitement qu'elles ne pourront être que répudiées ou acceptées bénéficiairement : d'une part, en effet, l'art. 51 édicte que l'autorisation de la commission de surveillance sera suffisante pour l'acceptation

bénéficiaire, d'autre part il décide que la succession ne pourra être répudiée qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

8° L'art. 52, § 5 apporte une atteinte très grave à la personnalité de certaines actions : il autorise l'administrateur, sur mandat exprès, il est vrai, du conseil de famille ou du tribunal, à intenter au nom de l'aliéné une action en séparation de corps ou de biens, et même une action en divorce.

Il y a là, croyons-nous, une exagération dangereuse : nous comprenons très bien que le lien du mariage puisse être distendu par la séparation de corps, à l'insu de l'aliéné, dans son intérêt même : mais sans être l'adversaire du divorce, on peut redouter que le mariage soit rompu définitivement et que l'aliéné se trouve sans le savoir privé du foyer familial! Il y a entre la séparation de corps et le divorce cette différence essentielle que dans le second cas la rupture est irrévocable, tandis que dans le premier elle n'est que provisoire [1]. Qui peut dire si l'aliéné n'aurait pas mieux aimé pardonner quelle que soit la gravité de ses griefs contre son conjoint? On a invoqué l'intérêt qu'il y avait à ce que la situation d'enfants nés peut être d'une façon suspecte, soit vérifiée et éclaircie. Mais il nous semble que les principes de la filiation combinés avec les effets de la séparation de corps suffisent à sauvegarder cet intérêt.

1064. B. *Administrateur judiciaire ou datif.* — Art. 47.

a) *Nomination.* L'administrateur judiciaire sera nommé par le tribunal en chambre du conseil, sur la requête des parents, du conjoint, de l'associé de l'aliéné, du curateur à la personne ou du procureur de la République; si la demande émane des parents du conjoint ou de l'associé, cette nomination devra être précédée de l'avis du conseil de famille.

Si l'aliéné a des parents proches (conjoint, ascendants ou descendants, frère ou sœur, oncle ou tante, art. 9, § 1er), c'est un administrateur datif qui sera désigné par le conseil de famille réuni à la demande de tout parent et même d'office : la nomination sera homologuée par le tribunal.

[1] Du moins pour trois ans, si l'on vote la proposition de loi tendant à la conversion automatique de la séparation de corps en divorce au bout de ce délai.

L'administrateur judiciaire ou datif entre en fonctions après notification de sa nomination ; l'administrateur provisoire légal recevra le compte de ce dernier.

b) *Pouvoirs.* — Il a les mêmes pouvoirs que le tuteur de l'interdit sans que ces pouvoirs puissent être moindres que ceux d'un administrateur provisoire légal ; ils cessent de plein droit après trois ans et ne peuvent être renouvelés qu'après que l'administrateur provisoire aura fourni au curateur les états de situation.

1065. 2° *Curateur à la personne.* — Il est nommé de la même façon que l'administrateur provisoire légal (art. 45).

Sa mission est avant tout une mission de surveillance ; il veille à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ; à ce que l'aliéné, en cas de sortie ou d'évasion, n'accomplisse aucun acte qui puisse nuire à ses intérêts, à ce qu'il soit rendu à l'exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permet. Il peut provoquer la réunion du conseil de famille et le saisir de toute proposition tendant à la bonne gestion des intérêts de l'aliéné, il peut faire appel devant le tribunal de toute mesure qui lui paraît de nature à nuire aux intérêts de l'aliéné.

1066. II. Garanties données à l'aliéné contre l'administrateur de ses biens. — La présence du curateur à la personne, les formalités qui limitent les pouvoirs des administrateurs, l'application de la loi du 27 février 1880 et des sections 8 et 9 du titre X, livre I du C. civ. constituent déjà des garanties pour l'aliéné. Voici deux garanties spéciales :

1° Tout administrateur est obligé de soumettre au Procureur de la République un état de la situation financière de l'aliéné, d'abord dans le mois de son entrée en fonctions, et ensuite une fois tous les ans (art. 49).

2° En principe, les administrateurs ne sont pas assujettis à l'hypothèque légale (art. 51). Mais cependant quand il y a nomination d'un administrateur judiciaire ou datif une hypothèque peut être constituée.

A. S'agit-il de l'administrateur judiciaire, le jugement qui le désigne pourra en même temps, sur la demande des parties intéressées, du curateur ou du Procureur de la Répu-

blique, constituer une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

B. S'agit-il de l'administrateur datif, c'est le conseil de famille qui pourra à toute époque demander constitution d'une telle hypothèque ; la délibération sera transmise par le juge de paix au Procureur de la République qui la soumettra à l'homologation du tribunal. C'est le Procureur de la République qui, dans la quinzaine de l'acceptation de ses fonctions par l'administrateur, fera inscrire cette hypothèque qui ne prendra rang que du jour de son inscription.

1067. III. **Capacité de l'aliéné.** — La réforme est très simple : il y a assimilation presque complète entre l'aliéné et l'interdit : c'est donc la nullité relative des actes faits pendant la durée de l'internement, même en cas de sortie provisoire : la demande d'internement est assimilée à la demande d'interdiction au point de vue de l'application de l'art. 504 C. civ. Toutefois on conserve l'innovation heureuse de la loi de 1838 relativement au point de départ de la prescription décennale.

1067 *bis*. Telle est la proposition de loi adoptée par la chambre des députés.

Au point de vue purement civil on ne peut que louer le législateur de ses efforts, surtout au point de vue de l'assimilation presque intégrale de l'aliéné et de l'interdit.

Même à ce point de vue, elle n'est pas exempte de critiques.

On est arrivé à cette solution radicale à raison de la désuétude où tombait l'interdiction : les familles veulent de moins en moins de cette mesure à raison de la trop grande publicité dont elle est entourée.

Mais n'est-on pas tombé dans l'excès contraire ? N'a-t-on pas vraiment trop négligé l'intérêt des tiers? La publicité de l'internement est insuffisante, et les tiers seront facilement trompés, surtout en cas de sortie provisoire de l'aliéné. Il nous semble, dès lors, que la présomption d'incapacité a été admise trop facilement et d'une manière trop absolue.

Ne vaudrait-il pas mieux distinguer deux périodes? Dans celle de l'administration provisoire, l'internement ne consti-

tuerait pas une présomption d'incapacité : l'aliéné resterait soumis au régime de la loi de 1838, tel que nous l'avons compris. Dans la période de l'administration définitive, si du moins on renonce à rendre obligatoire l'interdiction à partir de ce moment, on pourrait tout au moins, en admettant la présomption d'incapacité, réserver la preuve contraire de l'intervalle lucide : l'intérêt des tiers nous paraît l'exiger.

CHAPITRE V

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

SECTION PREMIÈRE

LÉGISLATION COMPARÉE

§ I. *Allemagne et Autriche.*

1068. Le nouveau code civil allemand a consacré deux dispositions générales aux personnes qui sont atteintes d'aliénation mentale : 1° l'art. 104 § 2 considère comme complètement incapable, au même titre qu'un mineur de sept ans, celui qui se trouve dans un état de trouble mental morbide qui exclut le libre arbitre lorsque cet état n'est pas momentané d'après sa nature ; 2° l'art. 105 § 2 en dit autant de celui dont le trouble mental n'est que momentané. Il y a donc, dans ces deux cas, incapacité absolue. D'autre part, il n'organise qu'un système de protection pour tous ceux qui sont privés d'une façon quelconque de leurs facultés, qu'il s'agisse de déments proprement dits ou même de faibles d'esprit, de prodigues ou d'individus adonnés à l'ivrognerie : ce moyen unique, c'est l'interdiction. Aux termes de l'art. 6, en effet, peuvent être interdits :

1° Celui qui, par suite d'une maladie mentale ou de sa faiblesse intellectuelle ne peut prendre soin de ses affaires. Comme notre code civil, le code allemand s'abstient de donner une définition quelconque de la maladie mentale et de la faiblesse d'esprit ; il se contente de donner comme critérium l'impossibilité pour le malade de s'occuper de ses affaires ;

2° Celui qui, par sa prodigalité, s'expose lui et sa famille à l'indigence. Ici non plus, pas de définition de la prodigalité, mais également une sorte de critérium, l'acheminement vers la ruine;

3° Celui qui, par son ivrognerie, n'est pas en état de s'occuper de ses intérêts, ou se met, lui ou sa famille, en danger d'indigence ou expose la sûreté d'autrui. Ceci constitue une innovation importante et heureuse au point de vue de la lutte contre l'alcoolisme.

1068 *bis*. Ainsi donc une institution unique, l'interdiction; pas de conseil judiciaire comme dans notre droit. Les interdits sont placés en tutelle; cette tutelle obéit d'ailleurs aux mêmes règles que celle des mineurs (art. 1896 s.). Quant à la procédure, elle est réglée par les art. 593 s. C. pr. civ.

Mais la capacité de ces divers interdits n'est pas la même et il y a lieu de distinguer soigneusement à cet égard, les interdits en deux catégories : d'une part, les interdits pour cause d'aliénation mentale ; d'autre part, tous les autres interdits :

1° Les interdits pour cause d'aliénation mentale sont frappés d'une incapacité absolue, comme des mineurs de sept ans, art. 104 § 3; les tiers pourront par conséquent l'invoquer;

2° Au contraire, les interdits pour faiblesse d'esprit, prodigalité ou habitude d'ivrognerie ne sont frappés que d'une incapacité relative analogue à celle du mineur qui a accompli sa septième année (art. 114 et art. 107 à 113). Et de même qu'en droit français, il ne saurait être question d'intervalle lucide; il n'en était pas ainsi avant la promulgation du Code.

Par conséquent la loi allemande ne considère pas l'acte accompli par un interdit à incapacité relative comme manquant de l'élément nécessaire à tout acte juridique : la volonté ; seulement elle considère que cette volonté doit être protégée et elle organise alors un système de protection destiné à garantir l'incapable; de là une classification des actes juridiques en trois groupes :

a) Certains actes seront toujours valables à raison de leur résultat parce qu'ils auront provoqué un avantage sans une perte réciproque (art. 107); sauf bien entendu à l'interdit à

prouver l'incapacité de fait résultant de l'état habituel de démence conformément à l'art. 104, § 2.

b) Seront au contraire toujours nuls les actes à caractère unilatéral lorsqu'ils auront été accomplis sans autorisation préalable du tuteur (art. 111).

c) Enfin les actes impliquant concours de volonté et pour lesquels une intervention préalable ou postérieure du représentant légal est nécessaire, ne seront pas nuls *ipso facto;* leur sort dépendra d'une ratification postérieure du représentant légal, ou de l'agent lui-même une fois l'incapacité disparue et cette ratification aura un effet rétroactif (art. 108).

Toutefois il est intéressant de signaler une différence entre le mineur qui a accompli sa septième année et les interdits de cette catégorie ; le mineur qui a atteint l'âge de seize ans peut faire son testament ; l'interdit ne le peut pas (art. 2229 et 2230) et, chose assez remarquable, il peut cependant révoquer son testament antérieur (art. 2253 § 2).

1068 *ter*. Le droit allemand ne s'est pas préoccupé des actes antérieurs à l'interdiction ; ce n'était pas nécessaire, car, à la différence du droit français, en droit commun allemand l'état habituel de démence (correspondant à l'état notoire de l'art. 502 C. civ.) constitue une cause d'incapacité absolue (art. 104 § 2).

Mais cependant l'application du droit commun ne lui a pas paru une garantie suffisante ; de même que pour le prodigue, on a pensé que dans la période intérimaire de la procédure de l'interdiction, le futur interdit pourrait faire, en vue même de cette interdiction, des actes qui seraient désastreux pour lui ; de là l'art. 1906 d'après lequel le majeur dont l'interdiction est demandée (sans distinction entre les causes d'interdiction) pourra être placé en état de tutelle provisoire. Cette tutelle provisoire entraînera une incapacité restreinte, celle du mineur qui a accompli sa septième année (art. 114) ; cette incapacité disparaît rétroactivement si la demande en interdiction est retirée, rejetée ou annulée.

1068 *quater*. En ce qui concerne l'aliéné simplement interné, le droit allemand présente une lacune d'abord relativement à l'administration de ses biens ; rien n'a été spécifié

et on pourra simplement recourir à la curatelle de l'art. 1910, curatelle qui ne peut être établie que du consentement de celui qui en sera l'objet.

Mais de plus quant à sa capacité c'est l'application pure et simple du droit commun, par conséquent soit la preuve de l'état habituel de démence (art. 104 § 2), soit celle de l'absence de volonté au moment de l'acte (art. 105); et si l'on songe que l'état habituel (morbide) de démence a pris en droit allemand un sens spécial et précis, que c'est celui-là seul qui justifie l'interdiction du premier degré avec incapacité absolue, il en résulte que pour les simples faibles d'esprit la seule ressource sera la preuve de la folie au moment de l'acte, preuve évidemment très difficile à faire.

En Autriche, les règles sont à peu près les mêmes, mais le mot de tutelle est réservé au mineur : tous les autres incapables sont en curatelle [1].

§ II. *Angleterre.*

1069. Il faut tout d'abord remarquer qu'aucune mesure de protection n'est prise contre le prodigue ou celui qui est simplement faible d'esprit.

Quant aux aliénés (*lunatics, idiots*), leur situation, au point de vue de leur internement, est réglée par des lois de 1890 et 1891 [2]. En ce qui concerne l'incapacité dont ils peuvent être frappés, la loi anglaise décide tout d'abord que l'engagement pris par une personne en état d'aliénation mentale permanente ou momentanée peut être annulé sur sa requête, si, au moment où elle l'a contracté, elle était absolument incapable de se rendre compte de ce qu'elle faisait, et si l'autre partie a eu connaissance de cet état; mais, inversement, il sera valable si le contractant a ignoré le fait de la démence [3].

[1] Code civ. aut., art. 250 s. — Cf. Ernest Lehr, *Traité de droit civil germanique*, II, n. 1381 s.

[2] 53 *Vict.*, C. 5; 54 et 55 *Vict.*, C. 65. — Cf. *Ann. de législ. étrang.*, 1891, p. 15.

[3] Molton c. Camroux, 4 Exch., 17, 19. — Cf. Lehr, *Dr. civ. angl.*, n. 720 et s. : Goudy, *Des contrats passés par les aliénés*.

Pour qu'une personne puisse être frappée d'incapacité à raison de son état mental, il faut que cet état ait été constaté par le verdict d'un jury après une enquête de *lunatico inquirendo* faite devant un *master in lunacy* (1). Une commission est ensuite nommée pour surveiller la personne ou les biens de l'aliéné.

Les aliénés ne peuvent valablement s'obliger ni aliéner leurs biens (2). Toute donation faite par eux est radicalement nulle (3); il en est de même de leur mariage.

§ III. *Belgique.*

1070. La situation des aliénés interdits, des prodigues et des faibles d'esprit est régie par les dispositions du Code civil français. Quant à celle des aliénés non interdits, elle a été régie par les lois du 18 juin 1850, du 28 décembre 1873, du 25 janvier 1874, et par les règlements du 1er juin 1874 et du 31 octobre 1879 : elle est à peu près la même que celle qui leur est faite par notre loi de 1838.

§ IV. *Espagne.*

1071. Le code civil espagnol de 1888-89 place en tutelle aussi bien les prodigues et faibles d'esprit que les imbéciles, les déments et les sourds-muets (art. 200). L'organisation de cette tutelle se rapproche beaucoup de la nôtre (voyez les art. 214 à 223). Les imbéciles, déments et sourds-muets ne peuvent être mis en tutelle qu'après avoir été judiciairement déclarés incapables d'administrer leurs biens (art. 213); pour les prodigues, il faut un jugement contradictoire contenant déclaration de prodigalité. L'incapacité des déments et des imbéciles est générale; au contraire quand la déclaration concerne des sourds-muets, elle détermine les limites de la tutelle suivant le degré de leur infirmité (art. 218), et pour le prodigue, le jugement spécifie les actes qui lui seront

(1) Lehr, *op. cit.*, n. 75.
(2) Lehr, n. 79.
(3) Lehr, n. 84.

interdits, les pouvoirs de son tuteur et les cas où il y a lieu de consulter son conseil de famille (art. 221) [1].

§ V. *Italie.*

1072. Les articles 324 à 342 du code civil italien ont réglé à peu près comme nous l'interdiction totale de l'aliéné et la demi-interdiction, la curatelle (inabilitazione) des faibles d'esprit, des sourds-muets et des aveugles de naissance.

Remarquons simplement que le conjoint majeur et non séparé légalement est de droit tuteur de son conjoint interdit, à son défaut le père et la mère; s'il n'y a ni conjoint ni père le tuteur est nommé par le conseil de famille à moins que le père ou la mère n'aient eux-mêmes désigné ce tuteur soit par testament, soit par acte notarié (art. 330). D'autre part l'incapacité de ceux qui sont placés en curatelle est précisée d'une façon plus nette que par notre code civil : l'art. 339 leur défend de faire seuls tout acte excédant la simple administration [2].

§ VI. *Pays-Bas.*

1073. Le code civil néerlandais ne connaît que l'interdiction, tant pour les prodigues et les faibles d'esprit que pour les aliénés proprement dits, art. 487 et 488. Il est conçu, sauf cette réserve, dans le même sens que notre code civil.

§ VII. *Russie.*

1074. La loi russe ne distingue pas les aliénés et les prodigues; elle ne soumet à la tutelle que les personnes qui, à raison de leurs infirmités, sont incapables de pourvoir elles-mêmes à la gestion de leurs biens : le code baltique au contraire admet la mise en tutelle des prodigues après une déclaration judiciaire de prodigalité (art. 506, 507, 510) : la loi polonaise de 1825 a organisé pour les prodigues une institution analogue à notre conseil judiciaire (art. 518, 519). Quant

[1] Lehr, *Code civil espagnol*, II, n. 114, 120, 170, 236, 267, 356.

[2] La loi du 14 février 1904 a réglé la garde et le traitement des aliénés ainsi que la surveillance des établissements d'aliénés.

à l'interdiction et à la mise en tutelle elles ne peuvent être ordonnées qu'après la constatation judiciaire de l'infirmité et une instruction soigneusement réglée (art. 367 à 371). L'aliéné et ses biens sont confiés aux héritiers de l'interdit qui ont d'ailleurs des pouvoirs très limités (art. 373 à 377).

§ VIII. *Etats Scandinaves.*

1075. En Danemark, en Suède et en Norwège, on interdit soit les aliénés soit les prodigues : sauf sur quelques points de détail les règles sont les mêmes que celles de la tutelle des mineurs [1].

§ IX. *Suisse.*

1076. Le droit fédéral et le droit cantonal s'occupent tous deux de la capacité civile des aliénés et du régime de leurs biens.

La loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile dispose, dans son art. 4 : « Les personnes qui n'ont pas conscience de leurs actes ou qui sont privées de l'usage de leur raison sont absolument incapables tant qu'elles se trouvent dans cet état ». Il résulte de cette formule que les actes accomplis en état de démence sont nuls, que ces personnes soient interdites ou non ; mais si l'acte est accompli dans un intervalle lucide et si la personne n'est pas interdite, l'acte est valable.

D'autre part, la même loi fédérale énumère les cas dans lesquels les cantons peuvent priver de la capacité civile certaines personnes en les interdisant : « Art. 5. — Les lois cantonales peuvent priver de la capacité civile soit pour certains actes, soit totalement : Les prodigues et les personnes atteintes de maladies mentales ou physiques qui les rendent incapables d'administrer leurs biens, ainsi que les personnes qui, par la manière dont elles administrent leur fortune, s'exposent, elles ou leurs familles, à tomber dans le besoin ».

1076 *bis.* Toutes les législations cantonales considèrent l'aliénation mentale comme une cause d'interdiction, et si

[1] R. de la Grasserie, *Les codes suédois*, p. 51-61.

l'interdiction n'est pas requise par le malade, ses parents ou son représentant légal, elle doit être prononcée d'office.

La plupart des cantons n'admettent que l'interdiction complète pour le cas d'aliénation mentale comme pour les autres; certains cantons permettent d'accorder même aux personnes interdites purement et simplement une certaine liberté, par exemple percevoir leurs revenus (Appenzell Rh/E., Schaffhouse, Glaris, Zug, Thurgovie, Obwalden).

D'autres cantons, à titre exceptionnel, admettent une sorte de demi-interdiction, une institution analogue à notre conseil judiciaire. Vaud, Valais, Genève permettent au tribunal de rejeter la demande d'interdiction et de nommer un *conseil* au défendeur sans l'assistance duquel il ne pourra plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèque : à Fribourg, c'est un *curateur* ou *assistant judiciaire;* à Neuchâtel, un curateur; dans le Tessin, on peut mettre ces personnes en état d'*inabilitazione.*

Tous les cantons suivent une procédure rigoureuse qui se signale par la nécessité d'une expertise médicale. L'autorité chargée d'instruire le procès en interdiction peut prendre les *mesures provisionnelles* nécessaires à l'administration de la fortune de la personne objet de la demande d'interdiction [1].

1076 *ter. Code civil suisse.* — Le code civil suisse du 10 décembre 1907, soumis actuellement au *referendum,* pour entrer en vigueur le 1er janvier 1912, pose dans l'art. 18 le principe de la nécessité du discernement dans les actes juridiques : les actes de celui qui est incapable de discernement sont sans effet juridique.

[1] V. Argovie, C. civ., n. 281. — Berne, C. civ., art. 215, 218, 227, 228. — Fribourg, C. civ., art. 332, 342, 343, 349. — Genève, C. civ. franc., art. 409 à 515. — Glaris, C. civ., art. 207, 235. — Grisons, C. civ., art. 123. — Lucerne, l. sur les tutelles, art. 15 et s. 3. d. — Neufchâtel, C. civ., art. 350, 358, 360, 361, 362, 366. — Obwalden, l. sur les tutelles, art. 7. — Saint-Gall, l. sur les tutelles du 24 mai 1888, art. 98 et 99. — Schaffhouse, C. civ., art. 287. — Schwitz, l. sur les tutelles, art. 7. — Soleure, C. civ. du 26 fév. 1891. — Tessin, C. civ., art. 162, 163, 197, 199. — Thurgovie, C. civ., art. 229 s. — Uri, l. du 1er mai 1892. — Valais, art. 83. — Zurich, art. 323, 326. — V. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts,* I, p. 551 s., 610 s., 670 s., 755 s.

Sont considérés comme incapables de discernement tous ceux qui sont dépourvus de la faculté d'agir raisonnablement par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables (art. 16).

D'autre part, les interdits capables de discernement ne peuvent s'obliger par leurs propres actes qu'avec le consentement de leur représentant légal (art. 19). Sont interdits et placés en tutelle : 1° les majeurs qui, pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, sont incapables de gérer leurs affaires, ne peuvent se passer de soins et secours permanents ou menacent la sécurité d'autrui (art. 369) ; 2° les majeurs qui, par leurs prodigalités, leur ivrognerie, leur inconduite ou leur mauvaise gestion, s'exposent, eux ou leur famille, à tomber dans le besoin (art. 370) ; 3° tout majeur qui volontairement demande sa mise sous tutelle, s'il établit qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience (art. 372).

Enfin l'art. 395 institue *un conseil légal* pour les personnes majeures qu'on n'a pas de raison suffisante d'interdire, mais qu'il est nécessaire cependant de priver partiellement de l'exercice de leurs droits civils : le concours de ce conseil leur sera nécessaire pour accomplir certains actes.

SECTION II

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1077. La seule question dont nous ayons à nous occuper ici est celle de savoir quelle sera la loi applicable à l'étranger interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire ou simplement aliéné. Elle en suppose résolues deux autres : l'une, à laquelle nous avons déjà fait allusion [1], qui consiste à se demander si un étranger peut être, en France, à raison de son état mental, l'objet des mesures de protection que la loi française organise pour nos nationaux ; cette question, nous l'avons dit, rentre dans la question générale de la compétence des

[1] V. *supra*, n. 808.

tribunaux français à l'égard des étrangers. En second lieu, il faut également savoir quelle est l'autorité du jugement étranger qui a prononcé contre un étranger une de ces mesures de protection analogues aux nôtres : il s'agit ici encore d'un aspect particulier de la théorie générale de l'autorité qu'ont en France les jugements rendus à l'étranger (1).

(1) Sur cette question, v. Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrangers*, p. 374; Berthauld, *Quest. doctrin.*, I, p. 127; Aubry et Rau, 5e éd., I, § 31, p. 143; Fiore (trad. Pradier-Fodéré), p. 302; Demolombe, I, n. 103; Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, n. 257; Laurent, *Droit civil international*, VI, p. 134 s.; Moreau, *Effets internationaux des jugements*, n. 28; Audinet, n. 472 et 487; Asser et Rivier, p. 131; Despagnet, 2e éd., p. 461 s.; Surville et Arthuys, p. 336 s.; Weiss, *Traité*, p. 369; Lacoste, *De la chose jugée*, n. 1469 s. — Il est généralement admis que ces jugements produiront leurs effets indépendamment de tout *exequatur*. — Toutefois et plus spécialemen pour notre matière deux observations doivent être faites :

1° La Cour de Paris, dans un arrêt du 16 janvier 1836, S., 36. 2. 70 (affaire du duc de Brunswick), paraît avoir dérogé à ce principe en refusant de faire produire ses effets en France à la déclaration d'interdiction prononcée en 1833 contre le duc Charles de Brunswick. Cette décision est en général critiquée (Weiss, *Traité*, p. 370). Il est vrai que cette affaire s'est présentée dans des circonstances toutes spéciales : l'interdiction, au fond, avait été prononcée uniquement pour des raisons politiques et c'est sur ce motif que la Cour de Paris fonda sa décision : « Considérant, dit-elle, que l'acte des 6 février et 14 mars 1833, par sa forme, par l'autorité dont il émane, par la personne à laquelle il s'applique, par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, sur lesquels il est fondé, est un acte essentiellement politique dont les effets ne peuvent se régler par le droit civil; considérant qu'un acte de cette nature ne peut affecter la capacité civile d'un étranger en France et n'y peut recevoir aucune exécution ». — A cela on répond, avec juste raison croyons-nous, que lorsqu'on se trouve en présence de jugements ou d'actes étrangers valables concernant l'état et la capacité des personnes, il faut les considérer comme de simples constatations de fait qu'il faut entièrement appliquer à la seule condition qu'en elles-mêmes ou par leurs conséquences elles ne soient pas contraires à l'ordre public international : nous ajoutons, *alors même que les motifs qui ont entraîné cette décision seraient contraires à cet ordre public :* c'est peut-être là la confusion qu'a faite la Cour de Paris.

2° Ne faut-il pas, pour que les décisions étrangères portant interdiction ou nomination d'un conseil judiciaire produisent leur effets en France, qu'elles aient été rendues publiques? Il faut, bien entendu, réserver le cas où l'incapable se serait rendu coupable de manœuvres dolosives tendant à cacher aux tiers son incapacité : il serait naturellement responsable de ce délit ou quasi-délit. Mais hormis ce cas, les tiers pourront-ils se prévaloir de leur ignorance? Certaines décisions en ont ainsi jugé (Cass., 27 mars 1865, S., 65. 1. 261, D., 65. 1. 383. — Trib. Seine, 13 mars 1885, *Le Droit* du 11 avril 1885 et sur appel Paris, 10 mars 1890, *La Loi* du 27 avril 1890; *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1890-1891, I, p. 126. — Cf. Albéric Rolin, *Principes du droit international privé*, II, p. 229. Les raisons que l'on fait valoir sont de deux sortes : d'abord l'intérêt des tiers, ensuite l'ordre public inter-

En supposant ces deux questions résolues affirmativement quelle loi sera applicable à l'étranger?

La réponse ne fait doute pour personne : il s'agit de modifier la capacité d'une personne, c'est donc la loi personnelle qu'il faudra appliquer [1]. Par suite :

1° Si l'interdiction (au sens le plus général) a été prononcée par les autorités étrangères, l'étranger qui en a été l'objet sera régi par sa loi personnelle quant aux effets qu'il y aura lieu de faire produire en France à la mesure dont il a été l'objet [2].

national. Elles sont insuffisantes : les décisions étrangères concernant l'état et la capacité des personnes s'imposent à tous à titre de lois personnelles, et comme l'a très bien dit un jugement du tribunal civil de la Seine « on ne saurait, en France, pas plus se prévaloir de l'ignorance où l'on a pu être du jugement modificatif de la capacité de l'étranger non publié en France, qu'on ne saurait se prévaloir de l'ignorance où l'on est de la loi étrangère qui n'est pas publiée ni connue en France ». Trib. Seine, 28 mars 1893, *Journ. de dr. int. pr.*, 1893, p. 360. — Cf. Trib. Seine, 30 juin 1894, *ibid.*, 1895, p. 103. En ce qui concerne l'ordre public international, il est bon de ne pas exagérer cette idée ; « sinon on en arriverait bien vite et de proche en proche à proscrire absolument l'application de toute loi étrangère sur notre territoire ». Surville, *Rev. crit. de législat. et de jurisprud.*, 1894, p. 259. On peut ajouter que les tiers ne doivent pas être mieux protégés contre les étrangers que contre les Français : or chez nous l'interdiction produit ses effets indépendamment de toute publicité.

Si telle est la vérité au point de vue juridique, il faut avouer cependant que les tiers sont bien mal protégés. On a vu que même chez nous on avait senti les dangers du défaut de publicité et qu'une loi du 16 février 1893 était intervenue. Sans doute on ne peut pas empêcher l'interdiction de produire ses effets, car ce serait rendre l'incapable responsable d'une négligence dont on ne peut lui faire grief. Mais on pourrait peut-être imposer cette publicité à ceux qui ont la surveillance de l'incapable, l'inobservation de cette publicité engageant leur responsabilité pécuniaire comme dans le système de la loi de 1893.

Les deux questions que nous venons d'examiner sont tranchées dans le sens que nous indiquons dans les résolutions adoptées par l'Institut de droit international dans sa session de Cambridge en 1895 : art. 3 : « L'interdiction prononcée par les autorités compétentes du pays d'origine produit son effet dans tout autre pays sans qu'il soit besoin *d'exequatur*. Toutefois les autorités étrangères ont le droit d'en subordonner, sur leur territoire, l'effet vis-à-vis des tiers à des mesures de publicité analogues à celles que prescrit la loi locale pour l'interdiction des nationaux ». Même solution également dans le projet de convention alloué par la conférence de La Haye signé le 17 juillet 1905. V. *infrà*, n. 1055.

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, I, p. 59 ; Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, n. 60 ; Fœlix, II, p. 207 ; Destournade, *Dation d'un conseil judiciaire à un étranger en France : J. de dr. int. privé*, 1895, p. 485.

(2) Trib. Seine, 26 déc. 1882, *J. de dr. int. privé*, 1883, p. 51, *Rev. crit.*, 1883, p. 733. — Nîmes, 28 févr. 1881, S., 82. 2. 111.

2° S'il s'agit de prendre une mesure de protection, c'est encore à la loi personnelle qu'il faudra se référer : notamment pour la nature de cette protection [1], pour les effets soit quant à la personne, soit quant aux biens [2], pour les attributions du tuteur et du curateur [3], pour les garanties qu'on pourra exiger d'eux [4].

1078. Conférence de La Haye. — *Projet de convention voté le 17 juillet 1905 :*

Article premier. — L'interdiction est régie par la loi nationale de la personne à interdire, sauf les dérogations à cette règle contenues dans les articles suivants :

Art. 2. — L'interdiction ne peut être prononcée que par les autorités compétentes de l'Etat auquel la personne à interdire appartient par sa nationalité et la tutelle sera organisée selon la loi de cet Etat, sauf les cas prévus aux articles suivants.

Art. 3. — Si, dans un des Etats contractants, un ressortissant d'un autre de ces Etats se trouve dans les conditions requises pour l'interdiction d'après sa loi nationale, toutes les mesures provisoires nécessaires pour la protection de sa personne et de ses biens seront prises par les autorités locales.

Avis en sera donné au gouvernement de l'Etat dont il est le ressortissant.

Ces mesures prendront fin dès que les autorités locales recevront des autorités nationales l'avis que des mesures provisoires ont été prises ou que la situation de l'individu dont il s'agit a été réglée par un jugement.

Art. 4. — Les autorités de l'Etat, sur le territoire duquel un étranger dans le cas d'être interdit aura sa résidence habituelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'Etat dont l'étranger est le res-

[1] Paris, 31 juil. 1895. *Journ. de dr. int. privé*, 1896, p. 147.

[2] Trib. civ. Seine, 30 juil. 1887, *Le Droit*, 5 août 1887. — Trib. Tunis, 23 nov. 1891. *Journ. de dr. int. privé*, 1892, p. 966. — Cf. Trib. Tunis, 22 juin 1891, *Journ. de dr. int. privé*, 1891, 1206.

[3] Gand, 26 mars 1847. *Pasicr.*, 1848. 2. 34.

[4] Bruxelles, 4 fév. 1861. *Belg. jud.*, 1861, p. 791.

sortissant, en communiquant la demande en interdiction dont elles seraient saisies et les mesures provisoires qui auraient été prises.

Art. 5. — Les communications prévues aux articles 3 et 4 se feront par la voie diplomatique, à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités respectives.

Art. 6. — Il sera sursis à toute mesure définitive dans le pays de la résidence habituelle tant que les autorités nationales n'auront pas répondu à la communication prévue dans l'article 4. Si les autorités nationales déclarent vouloir s'abstenir ou ne répondent pas dans le délai de six mois, les autorités de la résidence habituelle auront à statuer sur l'interdiction en tenant compte des obstacles qui, d'après la réponse des autorités nationales, empêcheraient l'interdiction dans le pays d'origine.

Art. 7. — Dans le cas où les autorités de la résidence habituelle sont compétentes en vertu de l'article précédent, la demande en interdiction peut être formée par les personnes et pour les causes admises à la fois par la loi nationale et par la loi de la résidence de l'étranger.

Art. 8. — Lorsque l'interdiction a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, l'administration de la personne et des biens de l'interdit sera organisée selon la loi locale et les effets de l'interdiction seront régis par la même loi.

Si néanmoins la loi nationale de l'interdit dispose que sa surveillance sera confiée de droit à une personne déterminée, cette disposition sera respectée autant que possible.

Art. 9. — L'interdiction prononcée par les autorités compétentes conformément aux dispositions qui précèdent produira, en ce qui concerne la capacité de l'interdit et sa tutelle, ses effets dans tous les Etats contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Toutefois les mesures de publicité présentées par la loi locale pour l'interdiction prononcée par les autorités du pays pourront être déclarées par elle également applicables à l'interdiction qui avait été prononcée par une autorité

étrangère, ou remplacée par des mesures analogues. Les Etats contractants se communiqueront réciproquement par l'intermédiaire du gouvernement néerlandais les dispositions qu'ils auraient prises à cet égard.

Art. 10. — L'existence d'une tutelle établie conformément à l'article 8 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle conformément à la loi nationale.

Il sera le plus tôt possible donné avis de ce fait aux autorités de l'Etat où l'interdiction a été prononcée.

La loi de cet Etat décide à quel moment cesse la tutelle qui y avait été organisée. A partir de ce moment les effets de l'interdiction prononcée par les autorités étrangères seront régis par la loi nationale de l'interdit.

Art. 11. — L'interdiction prononcée par les autorités de la résidence habituelle pourra être levée par les autorités nationales conformément à leur loi.

Les autorités locales qui ont prononcé l'interdiction pourront également la lever pour tous les motifs prévus par la loi nationale ou par la loi locale. La demande peut être formée par tous ceux qui y sont autorisés par l'une ou par l'autre de ces lois.

Les décisions qui lèvent l'interdiction auront de plein droit leurs effets dans tous les Etats contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Art. 12. — Les dispositions qui précèdent recevront leur application sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles de l'incapable, sauf exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Art. 13. — Les règles contenues dans la présente convention sont communes à l'interdiction proprement dite, à l'institution d'une curatelle, à la nomination d'un conseil judiciaire ainsi qu'à toutes autres mesures analogues en tant qu'elles entraînent une restriction de la capacité.

Art. 14. — La présente convention ne s'applique qu'à l'interdiction des ressortissants d'un des Etats contractants ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats.

Toutefois l'art. 3 de la présente convention s'applique à tous les ressortissants des Etats contractants.

Art. 15. — La présente convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye, dès que six des Hautes parties contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie certifiée conforme sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Art. 16. — La présente convention s'applique de plein droit aux territoires européens des Etats contractants.

Si un Etat contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des Etats contractants. La convention entrera en vigueur, dans les rapports entre les Etats qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies situés hors de l'Europe et les circonscriptions consulaires judiciaires pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme à chacun des Etats contractants.

Art. 17. — Les Etats représentés à la quatrième conférence de droit international privé sont admis à signer la présente convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'art. 15, alinéa 1.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'Etat qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme à chacun des Etats contractants.

Art. 18. — La présente convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications prévu par l'art. 15, alinéa 1.

Dans le cas de l'art. 16, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative, et, dans le cas de l'art. 17, alinéa 2, le soixantième jour après la date de la notification des adhésions.

Il est entendu que les notifications prévues par l'art. 16, al. 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente convention aura été mise en vigueur conformément à l'al. 2 du présent article.

Art. 19. — La présente convention aura une durée de cinq ans à partir de la date indiquée dans l'art. 18, al. 1er.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui ont adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'art. 16, al. 2.

La convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux al. 2 et 3 au gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires comprises dans une notification faite en vertu de l'art. 16, al. 2.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La convention restera exécutive pour les autres Etats contractants.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME V

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

(Livre I, titre VIII du Code civil).

(Nos)		Pages
1.	Notion générale de l'adoption dans notre droit actuel	1
2.	De l'adoption dans les législations anciennes et spécialement dans le droit romain	2
3.	De l'adoption dans l'ancien droit français	4
4.	De l'adoption à l'époque intermédiaire	5
5.	Travaux préparatoires du titre *De l'adoption*	6
6.	Loi des 25 germinal-5 floréal an XI et lois postérieures	7
7.	Tutelle officieuse	9
8.	Législations étrangères	10
9.	Division	10

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADOPTION

10.	Définition. Des diverses sortes d'adoption. Division	10

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ADOPTION

11.	Division	11

§ 1. *Conditions requises pour l'adoption ordinaire.*

12.	Classement de ces conditions	11

I. *Conditions communes aux deux parties contractantes.*

13.	1° Consentement des parties. Vices du consentement. Capacité requise	12
14.	2° Jouissance des droits civils	13

II. *Conditions requises chez l'adoptant.*

15.	Elles sont au nombre de six	14
16.	*Première condition.* Il faut que l'adoptant ait 50 ans révolus	14

Nos Pages.

17. *Deuxième condition.* L'adoptant ne doit avoir ni enfants, ni descendants légitimes 15
18. *Quid* si l'enfant est simplement conçu au moment de l'adoption? Détermination de l'époque de la conception 15
19. *Quid* si, l'adoptant s'étant marié après l'adoption, un enfant naît avant le 180e jour du mariage et n'est pas désavoué? 18
20. L'adoption est permise à celui qui a un enfant naturel 18
21. Même si cet enfant est légitimé par un mariage célébré postérieurement à l'adoption 19
22. La présence d'un enfant adoptif ne fait pas obstacle à une nouvelle adoption. 19
23. *Troisième condition.* L'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'adopté 19
24. *Quatrième condition.* Si l'adoptant est marié, il faut que son conjoint consente à l'adoption. A quel moment et sous quelle forme ce consentement doit-il être donné ? 20
25. *Cinquième condition.* Soins donnés par l'adoptant à l'adopté. . . 21
26. *Sixième condition.* Bonne réputation de l'adoptant 22

III. *Conditions requises dans la personne de l'adopté.*

27. *Première condition.* Ne pas avoir été déjà adopté par une autre personne, si ce n'est par le conjoint de l'adoptant 23
28. Deux époux peuvent être adoptés par la même personne 23
29. *Deuxième condition.* Majorité de l'adopté. 24
30. *Troisième condition.* Consentement des père et mère de l'adopté. 24
31. Aucune autre condition n'est requise. 26
32. Ainsi, le consentement des ascendants de l'adoptant n'est pas exigé 26
33. De même, l'adoption est permise aux femmes, aux célibataires, aux prêtres catholiques 27
34. L'adopté n'a pas besoin du consentement de son conjoint. 27
35. Les enfants naturels peuvent être adoptés 28
36. Même les enfants adultérins ou incestueux. 41

§ II. *Conditions requises pour l'adoption rémunératoire.*

37. Il faut que l'adopté ait sauvé la vie à l'adoptant, dans certaines conditions déterminées par la loi 42
38. Autres conditions requises. 44

§ III. *Conditions requises pour l'adoption testamentaire.*

39. Quatre conditions sont exigées 46
40. 1° Que l'adoptant soit le tuteur officieux de l'adopté. 46
41. 2° Qu'il se soit écoulé cinq ans depuis la tutelle 46
42. 3° Que le tuteur officieux meure avant la majorité de son pupille. 48
43. 4° Que le tuteur officieux ne laisse ni enfants ni descendants légitimes 48
44. L'adoption testamentaire doit être acceptée par celui qui en est l'objet. 49

(Nos) Pages
45. Il ne peut l'accepter sans obtenir le consentement ou requérir le conseil de ses père et mère 50
46. Conditions de l'adoption ordinaire dont est dispensée l'adoption testamentaire 50
47. A quel moment doivent être réunies les conditions requises pour l'adoption ordinaire, rémunératoire ou testamentaire. Renvoi. 50

SECTION II

DES FORMES DE L'ADOPTION

§ I. *Des formes de l'adoption contractuelle.*

48. Généralités 51

N° 1. Réception de l'acte par le juge de paix.

49. Les parties doivent se présenter devant le juge de paix 51
50. Quel juge de paix est compétent 51
51. La comparution personnelle des parties est-elle exigée? 52

N° 2. Homologation par la justice.

52. A quels tribunaux il faut la demander 52
53. Qui demande l'homologation, et procédure à suivre. 54
54. Dans quels délais les tribunaux doivent-ils être saisis? 54
55. Instruction de l'affaire 56
56. Comment sont prononcés le jugement et l'arrêt 57
57. Il n'est pas nécessaire que la cour et le tribunal se prononcent dans le même sens. 57
58. Le jugement et l'arrêt ne doivent pas être motivés 58
59. Le ministère public doit être entendu 58
60. Les décisions de la justice constituent des actes de juridiction gracieuse. Conséquences. 58
61. Mais les parties intéressées peuvent demander l'annulation de l'adoption 61

N° 3. Inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

62. Formalités de publicité prescrites par la loi 62
63. Comment l'inscription doit être faite 62
64. Sanction des règles relatives à l'inscription. 64
65. Une fois l'inscription opérée, l'adoption est parfaite. Droits réciproques des parties avant l'accomplissement de cette formalité. 64
66. Décès de l'une des parties avant l'inscription 65

§ II. *Des formes de l'adoption testamentaire.*

67. Pas d'autre condition que la rédaction d'un acte testamentaire . . 67

APPENDICE

68. A quel moment doivent être réunies les conditions légales. Division. 68

(Nos) Pages

§ I. *Adoption contractuelle.*

69. Distinction à établir entre les diverses conditions exigées par la loi. 69
70. I. Consentement du conjoint de l'adoptant et des père et mère de l'adopté 71
71. II. Autres conditions. 72
72. *Observation.* Sens de la formule : l'adoption est parfaite au jour de l'arrêt portant homologation. 75
73. Le juge de paix peut-il exiger la preuve que les parties se trouvent dans les conditions légales? 76

§ II. *Adoption testamentaire.*

74. La solution varie suivant la nature des conditions. 77

SECTION III

DE L'ANNULATION ET DE LA RÉVOCATION DE L'ADOPTION

§ I. *De la révocation de l'adoption.*

N° 1. Adoption testamentaire.

75. Elle peut être révoquée jusqu'au décès de l'adoptant 78

N° 2. Adoption entre vifs.

76. Une fois inscrite, l'adoption est irrévocable. Elle ne peut être révoquée, ni par le mutuel dissentiment, ni pour ingratitude de l'adopté, ou survenance d'enfants à l'adoptant 78

§ II. *De l'annulation de l'adoption.*

N° 1. Adoption testamentaire.

77. Il convient d'appliquer, tantôt les règles des testaments, tantôt celles de l'adoption entre vifs 79

N° 2. Adoption contractuelle.

78. L'homologation judiciaire ne rend pas irrecevable une action tendant à faire annuler l'adoption 80
79. Les règles du droit commun doivent être appliquées dans le silence de la loi. 80
80. Dans quels cas l'adoption est inexistante 80
81. Dans quels cas elle est annulable. Distinctions à faire. 81
82. Conditions de forme. 81
83. Conditions de fond. 82
84. Caractère de la nullité. 84
85. Qui peut s'en prévaloir. 85
86. L'action en annulation est-elle susceptible de s'éteindre par la prescription ? 86
87. Devant quels tribunaux la demande est formée et procédure à suivre. 89
88. Autorité attachée à la sentence 90

(Nos) Pages

SECTION IV

DES EFFETS DE L'ADOPTION

89. Généralités 90
90. *Premier effet.* L'adopté prend le nom de l'adoptant, qu'il ajoute à son nom propre 91
91. *Quid* des descendants de l'adopté? 92
92. L'adopté reste dans sa famille naturelle. Conséquences 92
93. *Deuxième effet.* Empêchements de mariage résultant de l'adoption 93
94. L'adoption ne produit pas d'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, ni entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. Il n'y a pas non plus de lien de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté 93
95. *Troisième effet.* Obligation alimentaire. 94
96. *Quatrième effet.* Droit pour l'adopté de succéder à l'adoptant . . 96
97. Droit de réserve de l'adopté dans la succession de l'adoptant . . . 97
98. Si l'adoptant s'est marié après l'adoption, l'enfant adoptif peut-il invoquer le droit de réserve de l'art. 1098? 100
99. La présence d'un enfant adoptif met-elle obstacle à l'exercice du retour conventionnel? Renvoi 101
100. Les descendants de l'adopté succèdent-ils à l'adoptant?. 101
101. L'adopté ne succède pas aux parents de l'adoptant 105
102. L'adoptant n'a pas droit à la succession ordinaire de l'adopté. . . 105
103. Mais la loi accorde un droit de retour successoral à l'adoptant et à ses descendants. 105
104. I. Au cas où l'adopté est mort sans postérité, le droit de retour appartient à l'adoptant ou à ses descendants. Que faut-il entendre par descendants? 107
105. II. L'adoptant seul a un droit de retour dans la succession des descendants de l'adopté 109
106. Objet du droit de retour. 110
107. A quel moment l'adoption produit ses effets 111

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

108. Définition. Notion générale 112

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME REQUISES POUR LA TUTELLE OFFICIEUSE

109. La tutelle officieuse est conférée par une convention. Personnes qui doivent donner leur consentement 113
110. Conditions requises 114
111. Formes 115
111 *bis.* De la tutelle officieuse qui peut être conférée en vertu de la loi du 27 juin 1904 115

Nos Pages

SECTION II

DES EFFETS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

112. Elle permet l'adoption par acte testamentaire 116
113. Elle confère au tuteur des droits et lui impose des obligations . . 116
114. I. Droits du tuteur officieux. 116
115. II. Obligations imposées au tuteur officieux 119

SECTION III

DE LA CESSATION DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

116. Elle cesse pour les causes qui mettent fin à la tutelle ordinaire. . 119
117. Cas où le tuteur est mort avant la majorité du pupille, sans lui avoir conféré l'adoption testamentaire 120
118. Majorité du pupille. Deux hypothèses à distinguer 120
119. I. Le tuteur officieux adopte le pupille 120
120. II. Il ne l'adopte pas. Indemnité due au pupille 120
121. Conditions requises pour que le pupille puisse réclamer l'indemnité 121
122. Pouvoir d'appréciation des tribunaux sur ce point 123

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

(Livre I, titre IX du Code civil).

123. Transition. 125
124. De la *patria potestas* en droit romain 125
125. De la puissance paternelle dans les pays de droit écrit 130
126. De la puissance paternelle dans les pays de coutumes 131
127. De la puissance paternelle à l'époque intermédiaire 135
128. De la puissance paternelle dans le code civil. 137
129. Distinction de la tutelle et de la puissance paternelle 139
130. Sens divers de l'expression puissance paternelle. 145
131. Division 146

CHAPITRE PREMIER

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES

132. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. 146
133. Énumération des attributs de la puissance paternelle 148

SECTION PREMIÈRE

DU DROIT DE GARDE OU DE SURVEILLANCE

134. Étendue de ce droit et sanction qu'il comporte 148

SECTION II

DU DROIT DE CORRECTION

135. En quoi il consiste 151

(Nos) Pages

§ I. *Du droit de correction exercé par le père.*

136. Le père peut faire détenir son enfant par voie d'autorité ou par voie de réquisition 152

N° 1. Détention par voie d'autorité.

137. Conditions requises 153

N° 2. Détention par voie de réquisition.

138. Dans quels cas le père ne peut faire détenir son enfant que par voie de réquisition 155

§ II. *Du droit de correction exercé par la mère.*

139. Restrictions apportées par la loi à ses pouvoirs 156

§ III. *Dispositions communes au droit de correction exercé soit par le père, soit par la mère.*

140. A. Nature de la détention que subit l'enfant par suite de l'exercice du droit de correction. 160
141. Il ne doit y avoir aucune écriture ni formalité judiciaire. 161
142. Soumission souscrite par le père de payer les frais et de fournir les aliments. 161
143. B. Droit de grâce. 162
144. C. Durée de la détention. 163
145. De nouvelles mesures peuvent être prises contre l'enfant après sa sortie. 164
146. Voies de recours. 165

SECTION III

DU DROIT DE JOUISSANCE LÉGALE

147. Historique 167
148. Notion générale du droit de jouissance légale 173

§ I. *Sur quels biens porte la jouissance légale.*

149. En principe, sur tous les biens de l'enfant 175
150. *Première exception :* Sont soustraits à l'usufruit paternel tous les biens que l'enfant acquiert par un travail et une industrie séparés 176
151. *Deuxième exception :* De même les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. 177
152. Cette condition est-elle valable quant aux biens composant la réserve de l'enfant ? 179
153. Contre qui cette condition peut être stipulée. 181
154. Autres exceptions au principe. 182

(Nos) Pages

§ II. *Des droits de l'usufruitier légal et de la nature de sa jouissance.*

155. C'est un droit analogue à l'usufruit, mais il en diffère à certains égards 182
156. I. L'usufruit paternel est-il cessible et saisissable? 183
156 *bis*. II. L'art. 599, al. 2, du code civil est-il applicable? 187
157. III. Y a-il encore une autre différence? Renvoi 188

§ III. *Des charges de la jouissance légale.*

158. Elles sont énumérées par l'art. 385. 188
159. I. Charges auxquelles sont soumis les usufruitiers ordinaires. . . 188
160. II. Nourriture, entretien et éducation des enfants selon leur fortune 189
161. III. Paiement des arrérages ou intérêts des capitaux 190
162. IV. Frais funéraires et frais de dernière maladie 191
163. Caractère de ces charges 192

§ IV. *Comment la jouissance légale prend fin.*

164. Deux catégories de modes d'extinction. 192

N° 1. Modes d'extinction propres au droit de jouissance légale.

165. I. L'usufruit paternel s'éteint lorsque l'enfant parvient à l'âge de 18 ans. 193
166. II. Il prend fin par l'émancipation de l'enfant. 193
167. III. L'époux contre lequel le divorce est prononcé est privé du droit de jouissance. 195
168. Abrogation par la loi du 21 février 1906 de l'art. 386, 2e partie, qui enlevait le droit de jouissance légale à la mère remariée . 195
168 *bis*. La mère remariée avant la loi nouvelle a-t-elle, depuis cette loi, recouvré son droit de jouissance? 196
168 *ter*. Intérêt que présente encore l'étude des dispositions abrogées par la loi du 21 février 1906 198
169. *Quid* si la mère remariée sous l'empire du code est devenue veuve de nouveau? 198
170. La mère remariée encourait-elle la déchéance au cas de nullité de son second mariage?. 199
171. L'inconduite notoire de la mère veuve est-elle une cause de déchéance?. 201
172. IV. Défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'art. 1442. Renvoi. 202
173. VI. L'extinction de la puissance paternelle entraîne, par voie de conséquence, la cessation de l'usufruit légal. 202

N° 2. Modes d'extinction communs au droit de jouissance légale et à l'usufruit en général.

174. I. Mort de l'usufruitier légal 203
175. II. Renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance 203
176. La renonciation peut être attaquée par l'action paulienne. 204

(Nos) Pages
177. Effets de la renonciation 204
178. III. Abus de jouissance de l'usufruitier légal 205
179. L'usufruitier légal peut-il être déchu pour inexécution de ses charges ? 206

SECTION IV

DU DROIT D'ADMINISTRATION LÉGALE

180. L'administration légale n'est pas soumise aux règles de la tutelle. 209
181. I. Les dispositions légales concernant les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle sont inapplicables au père administrateur légal. 211
182. II. Les immeubles du père ne sont pas grevés de l'hypothèque légale 211
183. III. Il n'y a pas de subrogé administrateur. *Quid* si les intérêts du père sont en conflit avec ceux de l'enfant ?. 212
184. IV. Le père administrateur n'est pas soumis à la direction du conseil de famille 217
185. V. Doit-il faire inventaire ? 217
186. VI. Vente des meubles corporels de l'enfant 219
187. VII. La loi du 27 fév. 1880 est inapplicable au père administrateur. 220
188. VIII. Il en est de même des art. 454 à 456 C. civ. 221
189. IX. Les incapacités dont le tuteur est frappé dans ses relations avec son pupille s'étendent-elles au père administrateur ?. . . 222
190. X. L'art. 472 n'est pas applicable au père administrateur 224
191. XI. De même l'art. 475. 224
192. XII. L'art. 474, al. 1, également. 224
193. Quels sont les pouvoirs du père administrateur ? Quatre systèmes proposés 224
194. A. Système de l'omnipotence du père administrateur légal 225
195. B. Les pouvoirs du père sont toujours aussi étendus que ceux du tuteur ; et, en général, ils ne sont pas plus étendus 227
196. Dans les deux autres systèmes, on repousse l'application des règles de la tutelle, et on s'en tient uniquement à l'art. 389. Distinction des actes d'administration et des actes de disposition. 229
197. C. Assimilation du père au tuteur autorisé par le conseil de famille. 231
198. D. Il convient de rechercher, pour chaque acte, envisagé en soi, si c'est un acte d'administration ou un acte de disposition. Applications 232
199. Exploitation et entretien des biens du mineur 234
200. Réception des sommes dues à l'enfant 235
201. Achat d'immeubles au comptant et à crédit 235
202. Acceptation des donations faites au mineur 236
203. Acceptation et répudiation des successions échues à l'enfant . . . 236
204. Acceptation et répudiation des legs qui lui sont faits 237
204 *bis*. Demande en délivrance ou envoi en possession 238
205. Partage 238
206. Aliénation des immeubles du mineur. 239
206 *bis*. Constitution d'un droit réel sur un immeuble du mineur 240

Nos Pages
207. Aliénation des valeurs mobilières. 241
208. Emprunt et constitution d'hypothèque 242
209. Transaction 242
210. Pouvoirs du père en matière judiciaire. 243
211. Des actes pour lesquels le père est assimilé au tuteur. 245
212. Caractère de l'administration légale 24
212 *bis*. Si l'on reconnaît à celui qui fait à l'enfant une donation le droit d'enlever au père l'administration du bien donné, peut-il désigner lui-même un administrateur?. 249
213. Cessation de l'administration légale 250

CHAPITRE II

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS

214. Généralités. 251
214 *bis*. Silence du code sur la question. Loi du 2 juillet 1907. 251
214 *ter*. Il faut que la filiation de l'enfant soit légalement établie. Par quel mode?. 252
215. Les enfants adultérins ou incestueux sont-ils soumis à la puissance paternelle?. 254
215 *bis*. En principe, les père et mère naturels ont les mêmes droits que les père et mère légitimes 255

SECTION PREMIÈRE

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE QUANT A LA PERSONNE DES ENFANTS NATURELS

216. Droit et devoir de garde et d'éducation 256
217. Droit de correction 256

SECTION II

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE QUANT AUX BIENS

218. Les parents naturels ont le droit de jouissance légale, mais ils n'administrent les biens de leurs enfants qu'en qualité de tuteurs 260
219. Droit de jouissance légale. 260
219 *bis*. Relation entre le droit de jouissance légale et l'exercice de la puissance paternelle. 263
219 *ter*. La loi du 2 juillet 1907 s'applique aux parents naturels qui ont reconnu leurs enfants avant sa promulgation 264
220. Droit d'administration légale 264

CHAPITRE III

DES PERSONNES AUXQUELLES APPARTIENNENT LA JOUISSANCE ET L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

221. Division. 267

(Nos) Pages

SECTION PREMIÈRE

QUI A LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES

222. Le père et la mère ont la jouissance de la puissance paternelle; mais, en principe, le père seul en a l'exercice pendant le mariage 268
223. Cas exceptionnels dans lesquels la mère est appelée pendant le mariage à l'exercice de la puissance paternelle. 268
224. Qui exerce la puissance paternelle après la dissolution du mariage. 270

SECTION II

QUI A LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS ILLÉGITIMES

225. Comment la question se pose 271
226. Solution admise avant la loi du 2 juillet 1907 271
226 *bis*. Rédaction nouvelle de l'art. 383, al. 1 et 2 (L. 2 juil. 1907). Plusieurs cas à distinguer 273
226 *ter*. I. L'enfant est reconnu par un seul de ses auteurs; ou par tous les deux, mais l'un de ceux-ci est mort ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle 273
226 *quater*. II. L'enfant est reconnu par ses deux auteurs, qui sont tous deux vivants et capables d'exercer la puissance paternelle . . 273
226 *quinquies*. III. Pouvoir d'appréciation conféré au tribunal. 274
226 *sexties*. Le tribunal peut-il conférer à un tiers la garde de l'enfant? . . 275
226 *septies*. Inapplicabilité de l'art. 357, al. 2 du code pénal 276
226 *octies*. La décision du tribunal a un caractère provisoire 277
226 *nonies*. Par qui le tribunal peut-il être saisi? 277

CHAPITRE IV

DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE *STRICTO SENSU* ET DE LA DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE *LATO SENSU*

227. Division. 279

SECTION PREMIÈRE

PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA LOI DU 24 JUILLET 1889

228. Silence du code civil. Dispositions du code pénal et de la loi du 7 décembre 1874 279
229. Pouvoir de contrôle reconnu aux tribunaux. 281

SECTION II

LA LOI DU 24 JUILLET 1889

230. Historique 285
230 *bis*. Lois postérieures à la loi du 24 juillet 1889. 289
231. La loi du 24 juillet 1889 est une loi d'ordre public. 289
232. Moyens de protection organisés par elle 290

Nos Pages

§ I. *Des causes de déchéance de la puissance paternelle.*

233. Déchéance légale ou de plein droit et déchéance judiciaire ou facultative 291

N° 1. Causes de déchéance légale ou de plein droit.

234. Quatre causes énumérées dans l'art. 1er de la loi 291
235. Premier cas : Condamnation prononcée en vertu du § 2 de l'art. 334 C. pén. 292
236. Deuxième cas : Double condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche 294
237. Troisième cas : Condamnation des père, mère ou ascendants, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants, soit comme coauteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants. 294
238. Quatrième cas : Double condamnation des père, mère ou ascendants pour délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants. 295
239. Observations générales. 295

N° 2. Causes de déchéance facultative ou judiciaire.

240. Sept causes énumérées par l'art. 2 de la loi 296
241. Premier cas : Condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion, pour crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 C. pén. 296
242. Deuxième cas : Double condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage. 296
243. Troisième cas : Condamnation par application de l'art. 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1873 297
244. Quatrième cas : ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874. 297
245. Cinquième cas : Première condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. 297
246. Sixième cas : Peut être déchu le père ou la mère dont l'enfant a été conduit dans une maison de correction par application de l'art. 66 du code pénal 297
247. Septième cas : Celui qui, par son ivrognerie habituelle, son inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromet soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de son enfant. 297
248. Aucune autre cause de déchéance ne peut être admise. 301

§ II. *De l'action en déchéance.*

249. Il n'agit seulement de la déchéance facultative. 301
250. Qui peut intenter l'action 301
251. Tribunal compétent 302
252. Les débats ont lieu en chambre du conseil. 303
253. Comment l'affaire est introduite. 304
254. Enquête administrative 304

(Nos) Pages
255. Nomination d'un juge pour faire le rapport et communication au ministère public 304
256. Renvoi fait par l'art. 4, al. 4, à la procédure de l'interdiction. . . 304
257. Examen de l'affaire par le tribunal 307
258. Prononcé du jugement. 308
259. Voies de recours. 308
260. Mesures provisoires 309
261. Intervention d'un tiers qui désire avoir la garde de l'enfant. . . . 309
262. Caractère de l'action en déchéance 309
263. A. On admet généralement que c'est une action civile. Conséquences. 310
264. B. Dans un second système, on admet que la procédure de déchéance a un caractère *sui generis* et n'est pas soumise aux règles ordinaires. 313
265. C. Dans un troisième système, on attribue à la procédure un caractère à la fois civil et pénal. Conséquences 314
266. Conclusion 317

§ III. *Des effets de la déchéance.*

267. Perte non seulement de l'exercice, mais aussi de la jouissance de la puissance paternelle. 317
268. Sont atteints par la déchéance, tous les droits découlant de la puissance paternelle *lato sensu,* mais non ceux qui ont pour base la parenté. 318
269. La déchéance atteint même les droits éventuels. 318
270. Au cas de déchéance facultative, les tribunaux ont-ils un pouvoir d'appréciation? Comment se pose la question 319
271. I. Indivisibilité de la déchéance 320
272. II. Les tribunaux, quand ils ne prononcent pas la déchéance, ne peuvent pas contrôler et réglementer l'exercice de la puissance paternelle 322
273. Ce dernier principe comporte cependant quelques exceptions. . . 323

§ IV. *De la protection des enfants mineurs dont les parents sont déchus de la puissance paternelle.*

274. Deux hypothèses à distinguer 328
275. *1re hypothèse :* Le père seul est déchu de la puissance paternelle, et la mère est vivante et capable 328
276. *2e hypothèse :* Déchéance prononcée contre le père et la mère, ou contre un des deux auteurs après le décès de l'autre; ou contre le père seul, sans que l'exercice de la puissance paternelle soit conféré à la mère 331
277. Organisation de la tutelle dans les termes du droit commun . . . 331
278. Tutelle de l'assistance publique 332
279. Par quels tribunaux et à quel moment ces diverses mesures peuvent-elles être prises? 334
280. Les pouvoirs conférés au tribunal par l'art. 10 sont-ils épuisés par une seule décision, ou peuvent-ils être exercés plusieurs fois? 335

Nos Pages
281. Règlement par le tribunal de la pension qui devra être payée par les père, mère et ascendants débiteurs d'aliments 336
282. Constitution possible d'une tutelle officieuse 336
282 *bis*. Loi du 27 juin 1904, art. 18 338
283. Sanction pénale de la décision relative à la garde de l'enfant. Loi du 5 décembre 1901. 339

§ V. *De la restitution de la puissance paternelle.*

284. Conditions et effets de cette restitution. 339

§ VI. *De la délégation judiciaire de la puissance paternelle.*

285. Deux cas à envisager 341
286. I. De la délégation judiciaire de la puissance paternelle avec le consentement des parents 342
287. II. Délégation de la puissance paternelle sans l'intervention des parents 343
287 *bis*. Les dispositions contenues dans le titre II de la loi du 24 juillet 1889 s'appliquent-elles aux enfants naturels? 345
288. Règles communes aux deux cas. 346

SECTION III

LOI DU 19 AVRIL 1898

289. Historique 347
290. I. Dispositions pénales de la loi 349
291. II. Faculté de statuer sur la garde de l'enfant 349
292. A qui appartient cette faculté 350
293. Dans quels cas 352
294. A qui l'enfant est remis 353
295. Conciliation de la loi de 1889 avec celle de 1898. 354

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION

Livre I, titre X du Code civil).

296. Introduction 359

CHAPITRE PREMIER

DE LA MINORITÉ

297. De la minorité en général. 359

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE

298. De quelle tutelle il s'agit ici 360

(Nos) Pages

INTRODUCTION

299. But de la tutelle 360
300. De la tutelle et de la curatelle des mineurs en droit romain . . . 360
301. De la tutelle et de la curatelle dans l'ancien droit français 369
302. Législation révolutionnaire 379
303. Systèmes différents de tutelle. Système du code : tutelle de la famille 380
304. Tutelle de l'autorité publique (L. 27 juin 1904 et 2 juil. 1907). . . 382
305. La tutelle de la famille est la tutelle du droit commun 383

SECTION PREMIÈRE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA TUTELLE

306. Définition 383
307. La tutelle est-elle une charge publique ? 383
308. Les fonctions de la tutelle peuvent-elles être conférées à des étrangers ? 384
309. Les règles de la tutelle sont d'ordre public. Conséquences 386
310. Organisation générale de la tutelle 388

SECTION II

DES CAUSES QUI DONNENT OUVERTURE A LA TUTELLE ET DES DIVERSES SORTES DE TUTELLE

§ I. *Des causes d'ouverture de la tutelle.*

311. Trois causes seulement donnent ouverture à la tutelle sur les enfants légitimes. Il n'y en a pas d'autres 390
312. I. Ainsi le divorce ou la séparation de corps des père et mère n'y donne pas lieu 390
313. II. Il en est de même de l'annulation du mariage 390
314. III. *Quid* au cas où les deux époux, ou l'un d'eux, sont dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle ? 390
315. Tutelle officieuse et tutelle de l'assistance publique. Renvoi . . . 392

§ II. *Des diverses sortes de tutelle.*

316. Quatre espèces de tutelle. Leurs qualifications. 392

SECTION III

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PÈRE ET MÈRE

317. Elle est aussi appelée naturelle 393

§ I. *Règles communes au père et à la mère.*

318. La tutelle est déférée de plein droit au survivant 393
319. Même quand le divorce a été prononcé contre lui et que la garde de ses enfants ne lui a pas été confiée 394
320. Même s'il est mineur. Pouvoirs du mineur chargé de la tutelle . 394

Nos Pages

§ II. *Particularités de la tutelle déférée à la mère survivante.*

321. Elles sont indiquées par les art. 391 à 396 396

N° 1. Nomination d'un conseil de tutelle.

322. Le père légitime seul a ce droit. 396
323. Comment la nomination est faite 397
324. Elle est révocable. 398
325. Le père ne peut désigner qu'une seule personne 398
326. Nature de la mission conférée au conseil. Conséquences 398
327. Rôle du conseil de tutelle 400
328. Sanction 401
329. Conflit entre la mère et son conseil. 403
330. Responsabilité de la mère et du conseil de tutelle. 405
331. Cessation des fonctions du conseil de tutelle. 405

N° 2. Nomination d'un curateur au ventre.

332. Utilité de cette nomination 406
333. Par qui est nommé le curateur au ventre 408
334. Pouvoirs du curateur 409

N° 3. Faculté accordée à la mère de refuser la tutelle.

335. Pourquoi cette différence entre le père et la mère. 410
336. Gestion intérimaire de la mère 412

N° 4. Effet du convol de la mère sur la tutelle légale dont elle est investie.

337. Différence entre le père et la mère. Raisons de cette différence. Deux cas à distinguer 413
338. *1re Hypothèse : La mère a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Pouvoirs du conseil de famille 413
339. I. Il peut retirer la tutelle à la mère 414
340. II. Ou la lui conserver. Cotutelle du mari. 414
341. En conservant la tutelle à la mère, le conseil de famille peut-il lui imposer des conditions ? 416
342. Lien étroit entre la tutelle de la mère et la cotutelle du mari. . . 416
343. *2e Hypothèse : La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* 418
344. I. Conséquences de cette omission à l'égard de la mère. 418
345. II. A l'égard du mari. 420
346. Nomination d'un nouveau tuteur. 423
347. *Quid* au cas où une femme divorcée est appelée, alors qu'elle est remariée, à la tutelle de ses enfants du premier lit ? . . . 424

SECTION IV

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE OU TUTELLE TESTAMENTAIRE

348. Préférence donnée à cette tutelle sur la tutelle légitime et la tutelle dative. 425
349. Le code l'a empruntée aux pays de droit écrit. 425

(Nos Pages
350. Principe. Le droit individuel de nommer un tuteur testamentaire appartient au dernier mourant des père et mère. 426
351. Le premier mourant ne peut pas nommer un tuteur, même si le survivant est dans l'impossibilité de gérer la tutelle. 426
352. Le survivant des père et mère, qui ne gère pas la tutelle, ne peut pas nommer un tuteur qui le remplacera sa vie durant. . . . 427
353. Ni même nommer un tuteur pour l'époque qui suivra son décès. 427
354. Restriction apportée au droit de la mère survivante. 429
355. Sauf cette exception, le droit du survivant est absolu. 430
356. Formes de la nomination. 431
357. Effets de cette nomination et modalités dont elle est susceptible. 431
358. Révocabilité de la nomination. 432

SECTION V

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS

359. Généralités. 433
360. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à cette tutelle. 434
361. A quels ascendants elle est déférée. 436
362. Y a-t-il lieu à dévolution de la tutelle d'un ascendant à un autre ? 437

SECTION VI

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

363. Elle est aussi appelée tutelle dative. 439
364. I. Dans quels cas il y a lieu à cette tutelle. 439
365. II. Par qui est nommé le tuteur. 440
366. III. Qui doit ou peut requérir la nomination du tuteur. 441

SECTION VII

DE L'UNITÉ DE TUTEUR

§ I. *Le principe.*

367. En principe, un seul tuteur est donné au mineur 441

§ II. *Exceptions au principe.*

368. Art. 396. Renvoi 443
369. Protutelle. 443
370. Dans quels cas il y a lieu à la nomination d'un protuteur 444
371. Par qui est-il nommé ?. 445
372. La nomination du protuteur est obligatoire 446
373. Le protuteur est un véritable tuteur. Conséquences. 447
374. Comparaison des art. 396 et 417. 449

§ III. *Tempéraments admis par la doctrine et la jurisprudence.*

375. Ces tempéraments ne nous paraissent pas admissibles. 449
376. I. La nomination de plusieurs tuteurs, quoique irrégulière, ne peut être critiquée par les tiers, si elle ne leur cause aucun préjudice 449

Nos Pages

377. II. Nomination d'un tuteur chargé de la personne du mineur, et d'un tuteur chargé de l'administration des biens. 450

SECTION VIII

DU SUBROGÉ TUTEUR

378. Toute tutelle comporte la subrogée tutelle 451
379. Comment est nommé le subrogé tuteur 452
380. Le tuteur ne vote pas pour la nomination du subrogé tuteur. . . 453
381. Hors le cas de frères germains, le subrogé tuteur ne doit pas être pris dans la ligne à laquelle appartient le tuteur 453
382. Généralités sur les fonctions du subrogé tuteur 457
383. I. Il agit pour le mineur, quand les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur 457
384. En quelle qualité agit-il alors? Faut-il nommer un subrogé tuteur *ad hoc?* 459
385. Opposition d'intérêts entre le mineur et le subrogé tuteur 460
386. II. Mission de contrôle conférée au subrogé tuteur 460
387. III. Il doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, quand la tutelle devient vacante 461
388. Responsabilité du subrogé tuteur 462
389. Les incapacités qui frappent le tuteur dans ses relations avec son pupille ne s'étendent pas au subrogé tuteur 463
390. Quand cessent les fonctions du subrogé tuteur 463
391. Disposition de l'art. 426. 464

SECTION IX

DU CONSEIL DE FAMILLE ET DE SES ATTRIBUTIONS

392. Introduction 464

§ I. *Généralités.*

393. Principales attributions du conseil de famille 465
394. Le conseil de famille n'est pas un corps permanent 466

§ II. *Où doit être formé le conseil de famille.*

395. Distinction du domicile du tuteur et du domicile de la tutelle. Utilité d'édicter l'immutabilité de ce dernier 467
396. Où doit être réuni le premier conseil de famille. 467
397. Où doit être réuni le conseil de famille au cours de la tutelle. . . 469
398. Jurisprudence 471

§ III. *De la composition du conseil de famille.*

399. Relation entre cette question et la précédente. 472
400. Nombre des membres du conseil de famille 473
401. Le juge de paix est chargé de la formation du conseil de famille. 475
402. Rayon dans lequel les parents ou alliés doivent être pris 475
403. Cas où il n'y a pas dans le rayon légal un nombre suffisant de parents ou alliés 476

(Nos) Pages

404. Autorisation accordée au juge de paix de citer des parents ou alliés pris en dehors du rayon légal, même lorsque, dans ce rayon, il existe des parents ou alliés en nombre suffisant. . . 478

§ IV. *Convocation et mode de délibération du conseil de famille.*

405. Convocation par le juge de paix d'office, sur dénonciation ou sur réquisition 478
406. A quelles personnes appartient le droit de réquisition. 480
407. Fixation de la date et du lieu de la réunion 481
408. Comment sont convoqués les membres du conseil de famille . . 481
409. Règles qui s'appliquent seulement au cas où la convocation est faite suivant le mode légal. 482
410. I. Délai pour comparaître 482
411. II. Défaut de comparution d'un des membres du conseil de famille. 482
412. III. *Quorum* nécessaire 483
413. Règles qui s'appliquent quel que soit le mode de comparution. . 483
414. I. Comparution en personne ou par mandataire. Proscription du mandat impératif 484
415. II. Les séances du conseil de famille ne sont pas publiques. . . . 485
416. III. Les résolutions sont prises à la majorité absolue 485

§ V. *Nature des actes du conseil de famille.*

417. Le conseil de famille donne des avis ou prend des délibérations . 488
418. Les délibérations du conseil de famille ne constituent pas des jugements 489

§ VI. *Du recours formé contre les délibérations du conseil de famille.*

419. Observation préliminaire 490

N° 1. Quelles sont les délibérations qui peuvent être attaquées et pour quelles causes.

420. La délibération peut être attaquée pour vice de forme ou pour un motif tiré du fond 491
421. I. Nullités pour vices de forme 491
422. II. La délibération peut être attaquée sur le fond soit dans l'intérêt du mineur, soit dans l'intérêt d'un tiers 493
423. A. Demande formée au nom et dans l'intérêt du mineur 494
424. Recours possible contre les délibérations sujettes à homologation. 494
425. Le recours est-il possible contre les délibérations unanimes?. . . 494
426. Cas dans lesquels, d'après certains auteurs, les délibérations ne pourraient être attaquées pour des motifs tirés du fond. . . . 495
427. B. Recours formé par un tiers dans son intérêt personnel 497

N° 2. Des personnes qui peuvent attaquer la délibération du conseil de famille et de celles contre lesquelles l'action doit être intentée.

428. I. Personnes qui peuvent attaquer la délibération dans l'intérêt du mineur 498

Nos. Pages
429. II. Contre qui la demande est formée. 500

N° 3. Procédure à suivre.

430. Règles de procédure 501

§ VII. *De la responsabilité des membres du conseil de famille.*

431. Dans le silence de la loi, il faut se référer aux règles du droit commun. 501

SECTION X

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE ET DE LA SUBROGÉE TUTELLE

432. Observation préliminaire 502
433. Cas dans lesquels la tutelle n'est pas une charge obligatoire . . . 502
434. En dehors de ces cas, la tutelle est imposée à ceux qui ne peuvent invoquer une excuse 504

I. *Causes légales d'excuse.*

435. Enumération 505
436. I. Certaines fonctions ou services publics 505
437. II. La qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il existe dans un rayon rapproché un parent ou un allié en état de gérer la tutelle. 507
438. III. La vieillesse 508
439. IV. Les infirmités graves 509
440. V. Le nombre des tutelles. 509
441. VI. Le nombre des enfants 510
442. VII. Le sexe 511

II. *Excuses de fait.*

443. Peuvent-elles être admises?. 511

III. *Délai accordé au tuteur pour proposer ses excuses et règles de procédure.*

444. Le délai varie suivant les hypothèses. 512
445. Excuses *a suscipienda tutela*. 512
446. Excuses *a suscepta tutela* 514
447. Recours possible contre la délibération du conseil de famille . . 515

SECTION XI

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE

448. Généralités. 516

I. *Des causes d'incapacité.*

449. Quatre causes d'incapacité seulement. 517
450. Il n'y en a pas d'autres. 520

(Nos) Pages

II. *Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.*

451. Elles sont énumérées limitativement 520

III. *De l'exclusion du conseil de famille.*

452. L'exclusion ou la destitution de la tutelle entraîne l'exclusion du conseil de famille 524
453. Transition à l'étude des pouvoirs du tuteur 524

SECTION XII

DES ATTRIBUTIONS DU TUTEUR RELATIVEMENT A LA PERSONNE DU MINEUR

454. Dans quels cas le tuteur, en cette qualité, a le soin de la personne du mineur 525
455. Des pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur 526

SECTION XIII

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AU TUTEUR EN CE QUI CONCERNE LES BIENS DU MINEUR

456. Division 529

§ I. *Des obligations qui sont imposées au tuteur avant son entrée en fonctions, ou dont il doit s'acquitter dans un bref délai depuis l'ouverture de la tutelle.*

457. Enumération 529

N° 1. Obligation de faire nommer un subrogé tuteur.

458. Renvoi 529

N° 2. Obligation pour le tuteur de faire déterminer approximativement par le conseil de famille la somme à laquelle pourront s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que les frais d'administration de ses biens.

459. Utilité de l'intervention du conseil de famille et sanction de l'obligation imposée au tuteur 530
460. Exception à la règle au cas de la tutelle des père et mère 531
461. *Quid* si, le survivant des père et mère conservant l'exercice de la puissance paternelle, les fonctions de tuteur sont dévolues à une autre personne ? 531
462. Règlement que doit faire le conseil de famille. 532
463. Autorisation accordée par le conseil de famille au tuteur de s'aider, dans sa gestion, d'administrateurs particuliers, salariés et gérant sous sa responsabilité. 533
464. Le tuteur ne peut réclamer aucun salaire. 535

N° 3. Obligation de faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense.

465. Règlement que doit faire le conseil de famille. 536

N°		Pages
466.	Sanction de l'obligation imposée au tuteur	536
467.	Les art. 454, al. 2, 455 et 456 sont-ils applicables au survivant des père et mère investi de la tutelle?	537

§ II. *Des obligations imposées au tuteur soit à son entrée en fonctions, soit au cours de la tutelle.*

468.	Généralités	541

N° 1. Obligation de requérir la levée des scellés.

469.	Cas dans lesquels l'apposition des scellés est nécessaire	541
470.	Delai imparti au tuteur	541

N° 2. Inventaire des biens du mineur.

471.	But de l'inventaire et biens qui doivent être inventoriés	542
472.	Cette obligation est imposée à tout tuteur	543
473.	La personne qui institue le mineur héritier peut-elle dispenser le tuteur de faire inventaire?	543
474.	Formes de l'inventaire	544
475.	Sanction de l'obligation imposée au tuteur	544
476.	Obligation pour le tuteur de déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur	546

N° 3. Vente des meubles.

477.	Meubles qui doivent être vendus	550
478.	Délai de la vente. Sanction de l'obligation imposée au tuteur	551
479.	Formes de la vente	552
480.	Dispense de vendre accordée aux père et mère ayant la jouissance légale des biens du mineur	552
481.	L'art. 453 doit être étendu au cas où le survivant des père et mère a l'usufruit légal sans être chargé de la tutelle	555
482.	Le tuteur est également dispensé de vendre les meubles de son pupille, lorsqu'il en a la jouissance en vertu d'une convention ou d'un testament	556
483.	Le tuteur peut-il être dispensé de vendre par une disposition testamentaire du père ou de la mère, ou par une clause contenue dans le testament de la personne qui a institué le mineur héritier?	556

N° 4. Conversion des titres au porteur en titres nominatifs.

484.	Cette obligation ne lui a été imposée que par la loi du 27 février 1880	557
485.	Délai imparti pour la conversion	557
486.	Cas dans lesquels la conversion ne peut être faite	559
487.	Le conseil de famille peut prescrire l'aliénation des valeurs	560
488.	Généralité des dispositions de la loi	560
489.	Étendue d'application de la loi	561
490.	Sanction de l'obligation imposée au tuteur	561

(Nos) Pages

N° 5. Emploi des capitaux appartenant au mineur.

491. De quels capitaux le tuteur doit faire emploi. 562
492. Cette obligation était-elle imposée au tuteur par le code civil? La loi du 27 fév. 1880 a fait cesser la controverse (art. 6). . . 562
493. Généralité des dispositions de ce texte. 563
494. Délai imparti au tuteur 563
495. Difficultés auxquelles donne lieu la disposition de l'art. 6, al. final. 563
496. Règlement à faire par le conseil de famille 564
497. Difficultés relatives aux délais du placement. 565
498. Sanction de l'obligation imposée au tuteur. 566

§ III. *Des obligations imposées au tuteur pendant le cours de la tutelle.*

499. Obligation générale d'administrer en bon père de famille. 567
500. Obligation de faire la balance des revenus et des dépenses. . . . 568
501. Obligation de fournir des états de situation 570

SECTION XIV

ÉTENDUE DES POUVOIRS CONFÉRÉS AU TUTEUR QUANT AUX BIENS DU MINEUR

502. Le tuteur est investi d'un mandat général. Etendue de ce mandat. 571

§ I. *Le principe et les applications qu'il comporte.*

N° 1. Le principe.

503. Intérêt qu'il présente 571
504. *Premier système.* Distinction des actes d'administration et des actes de disposition. 572
505. *Deuxième système.* Omnipotence du tuteur 573

N° 2. Applications. Actes que le tuteur peut faire seul.

506. Le tuteur peut faire seul tous les actes au sujet desquels la loi n'a pas édicté de règles spéciales. Exemples. 577
507. Actes nécessaires à la bonne exploitation des biens du mineur. . 578
508. Réparations d'entretien et grosses réparations. 578
509. Assurances 580
510. Bail des biens du mineur 581
511. Règlement des comptes dans lesquels le mineur est intéressé . . 583
512. Paiement des dettes du mineur. 583
513. *Quid* si le tuteur est créancier du mineur? 584
514. Avances faites par le tuteur au pupille 586
515. La prescription court-elle contre le tuteur? 587
516. Perception des sommes dues au mineur 587
517. Mainlevée des inscriptions hypothécaires prises en garantie de la créance du mineur; décharge des cautions. 588
518. *Quid* si le tuteur est débiteur du pupille? 588
519. Concordat accordé au débiteur du mineur et remise de la dette . 589
520. Prorogation de délai accordé au débiteur. 589

Nos		Pages
521.	Novation de la créance du pupille	589
522.	Emploi des sommes appartenant au mineur	589
523.	Acquisition à crédit d'un immeuble pour le compte du mineur	592
524.	Aliénation des valeurs mobilières du mineur sous l'empire du code civil	594
525.	Partage provisionnel	594
526.	Transition à l'étude des pouvoirs du tuteur en matière judiciaire	594
527.	Exercice passif des actions du mineur	594
528.	Instances continuées ou reprises	596
529.	Exercice actif des actions possessoires	596
530.	Exercice des actions mobilières	596
531.	Actions relatives à l'état des personnes	596
532.	Appel interjeté au nom du mineur	597
533.	Mesures d'instruction	598
534.	Acquiescement	599
535.	Désistement	599
536.	Pourvoi en cassation	599
537.	Voies d'exécution forcée	600
538.	Restrictions et limitations apportées au principe d'omnipotence. Généralités	600

§ II. *Actes pour lesquels le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille.*

N° 1. Actes extrajudiciaires.

539.	I. Bail des biens du mineur au profit du tuteur	601
540.	II. Acceptation ou répudiation d'une succession échue au mineur	601
541.	Prohibition de l'acceptation pure et simple	603
542.	Legs universels ou à titre universel faits au mineur	604
543.	Abandon de la succession aux créanciers et aux légataires	604
544.	Exercice du retrait successoral	605
545.	Révocabilité de la renonciation	605
546.	Les diverses déchéances qui, en droit commun, font perdre le bénéfice d'inventaire sont inapplicables au mineur	605
547.	III. Acceptation d'une donation	606
548.	Legs à titre particulier faits au mineur	606

N° 2. Des actes judiciaires que le tuteur peut faire avec la seule autorisation du conseil de famille.

549.	Exercice actif des actions immobilières	607
550.	Acquiescement à une demande	608
551.	*Quid* de l'acquiescement à un jugement?	609
552.	Désistement d'un appel interjeté	610
553.	Action en partage	611
554.	Aliénation des meubles incorporels. Renvoi	612

III. *Des actes pour lesquels le tuteur doit obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal.*

555.	Actes compris dans cette catégorie	612

(Nos) Pages

N° 1. Emprunt.

556. Texte des art. 457 et 458 612
557. La délibération du conseil de famille autorisant l'emprunt ou la constitution d'hypothèque doit être homologuée par le tribunal 613
558. Nullité de l'emprunt contracté sans autorisation. 613
559. L'emprunt, comme l'hypothèque ou la vente des immeubles, ne doit être autorisé par le conseil de famille que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident 614

N° 2. Aliénation des immeubles.

560. Conditions sous lesquelles elle peut avoir lieu. 615
561. Formes de la vente 615
562. Aliénation par voie d'échange. 616
563. Constitution d'un droit réel; renonciation à une servitude active ou à un usufruit immobilier. 616
564. Cas exceptionnels dans lesquels l'aliénation des immeubles du mineur peut avoir lieu sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal 617
565. I. Licitation provoquée par un copropriétaire du mineur 617
566. Le tuteur peut-il provoquer la licitation et sous quelles conditions?. 617
567. II. Expropriation des immeubles du mineur sur la poursuite de ses créanciers 619
568. III. Expropriation pour cause d'utilité publique 619

N° 3. Hypothèque.

569. Mêmes règles que pour l'aliénation 620
570. Dans tous les cas ci-dessus, le tribunal statue en la chambre du conseil 620

N° 4. Aliénation de meubles incorporels du mineur, dont la valeur dépasse 1.500 francs en capital.

571. Observation 620
572. Silence du code civil. Solution admise par la doctrine et la jurisprudence. Loi du 24 mars 1806 et décret du 25 septembre 1813. 621
573. Inconvénients de l'interprétation généralement admise. Loi du 27 février 1880. Son objet 622
574. A quelles valeurs elle s'applique 623
575. Abrogation de la loi du 24 mars 1806 et du décret du 25 sept. 1813. 623
576. Autorisation du conseil de famille toujours nécessaire 624
577. Il suffit que l'aliénation paraisse utile pour que le conseil de famille puisse l'autoriser. 624
578. Le conseil de famille peut prescrire toutes les mesures qu'il jugera utiles 624
579. Dans quels cas l'homologation du tribunal est nécessaire. 625
580. Recours contre la décision du conseil de famille 625
581. La loi de 1880 s'applique à tout tuteur, mais non au père administrateur légal. 625

Nos Pages
582. Comment on procède à l'aliénation 626
583. Valeurs indivises entre le mineur et des tiers 626
584. Conversion des titres nominatifs en titres au porteur 627
585. Sanction des dispositions qui précèdent 628

§ IV. *Actes de la tutelle, pour lesquels la loi exige certaines formalités spéciales qui varient suivant les cas.*

586. Actes compris dans cette catégorie 629
587. 1° Vente des meubles corporels 630
588. 2° Partage 630
589. 3° Transaction 631

§ V. *Actes qui sont complètement interdits au tuteur.*

590. Deux catégories 633

N° 1. Des actes qui ne peuvent être accomplis que par le mineur.

591. Caractère de ces actes 633
592. 1° Testament 633
593. 2° Reconnaissance d'un enfant naturel 633
594. 3° Mariage 634
595. 4° Contrat de mariage 634
596. 5° Engagement dans les armées de terre et de mer 634
597. 6° Engagements relatifs à une profession. Distinctions 634
598. I. Contrat d'apprentissage 634
599. II. Contrats d'où résulte pour le mineur l'obligation d'exécuter des prestations personnelles 634
600. III. Entreprises commerciales 635
601. Exercice des actions publique et civile au cas d'infraction commise par le pupille 636
602. Actions relatives à l'état ou à la capacité du mineur. Renvoi . . . 637

N° 2. Des actes qui ne peuvent être accomplis, ni par le tuteur, pour le compte du pupille, ni par celui-ci agissant personnellement.

603. Énumération 637
604. 1° Compromis 637
605. 2° Acceptation pure et simple d'une succession. Renvoi 638
606. 3° Donation et actes équivalents 638

§ VI. *Des actes qui peuvent être accomplis, soit par le tuteur, soit par le mineur.*

607. Généralités 639
608. I. Actes conservatoires 640
609. II. Versements et retraits à la caisse d'épargne 641
610. III. Versements à la caisse des retraites pour la vieillesse 641
611. IV. Adhésion à une société de secours mutuels 641
612. L. 12 juil. 1905, art. 5; 28 mars 1907, art. 3; L. 24 déc. 1896, art. 51 641

(Nos) Pages

SECTION XV

DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR ET DES CONSÉQUENCES DE SES ACTES

§ I. *Quand commence et quand finit pour le tuteur ou pour le protuteur l'obligation de gérer.*

613. Quand commence l'obligation de gérer 642
614. Obligation imposée aux héritiers du tuteur 642

§ II. *Conséquences juridiques des actes accomplis par le tuteur.*

615. Représentation du mineur par le tuteur 643
616. I. Le tuteur ne s'oblige pas personnellement. 643
617. II. Le pupille seul est obligé. Portée de la règle. 643

§ III. *De la responsabilité du tuteur.*

618. Le tuteur doit gérer en bon père de famille 644
619. Transition 645

APPENDICE

DES INCAPACITÉS ET DES DÉCHÉANCES DONT LE TUTEUR EST ATTEINT DANS SES RELATIONS AVEC SON PUPILLE

620. I. Incapacité de prendre à bail les biens du mineur sans le consentement du conseil de famille. 645
621. II. Incapacité d'acheter les biens du mineur 646
622. III. Incapacité de se rendre cessionnaire d'aucun droit contre le pupille. 647
623. IV. Incapacité de recevoir par testament du pupille 649
624. V. Le tuteur ne peut invoquer contre le pupille aucune déchéance ou prescription résultant de ce que le délai imparti au mineur pour l'exercice de son droit contre son tuteur a pris fin pendant la tutelle. 649

SECTION XVI

DES COMPTES DE LA TUTELLE

625. Division. 650

I. *Des comptes de tutelle en général.*

626. Événements qui donnent lieu à la reddition du compte de tutelle. 650
627. Cessation de la tutelle soit *ex parte tutoris*, soit *ex parte pupilli*. 650
628. A qui le compte est rendu 651
629. Cette obligation est imposée à tout tuteur 651
630. Reddition du compte à l'amiable ou en justice. Difficultés sur l'exécution du compte 652
631. Qui supporte les frais 652
632. Contenu du compte 653
633. Reliquat du compte, à la charge du tuteur ou à la charge du pupille. 654

Nos Pages

II. *Des traités relatifs à la gestion tutélaire.*

634. Conditions requises pour leur validité 655
635. Traités auxquels s'applique l'art. 472 657
636. Sanction de l'art. 472. 659
637. Qui peut invoquer la nullité du traité. 659
638. Prescription de l'action en nullité. 660
639. Traités auxquels l'art. 472 ne s'applique pas 661

III. *De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.*

640. Courte prescription de l'action directe de tutelle. Motifs 661
641. C'est une véritable prescription. Conséquences 662
642. Interprétation restrictive de l'art. 475. 662
643. Point de départ du délai de dix ans. 665

SECTION XVII

DE LA TUTELLE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

644. Division. 665

§ I. *De la tutelle de l'assistance publique.*

645. Lois des 27 juin 1904, 22 avril 1905 et 18 décembre 1906. 665
646. Quels enfants sont placés sous la tutelle de l'assistance 666
647. Organisation de cette tutelle. 666

§ II. *De la tutelle des enfants naturels.*

648. Silence du code civil sur cette tutelle. Conséquences qu'on en avait tirées. Loi du 2 juillet 1907 667
649. La tutelle des enfants naturels est organisée sur le type de la tutelle de l'autorité. Mais elle est soumise, en principe, aux règles de la tutelle des enfants légitimes 669
650. Le tuteur peut être légal, testamentaire ou datif. 670
651. *Tutelle légale.* Elle n'était pas admise, en général, sous l'empire du code civil 670
652. La loi nouvelle l'a consacrée. A qui appartient la tutelle ?. 671
653. La tutelle légale de la mère naturelle présente, sauf quelques différences, les mêmes particularités que celle de la mère légitime. 673
654. I. Le père prémourant peut nommer à la mère un conseil de tutelle. Sous quelles conditions ? 673
655. II. Nomination d'un curateur au ventre. 675
656. III. Application des art. 395 et 396 au cas où la mère se marie . . 676
657. IV. La mère est tenue d'accepter la tutelle. 679
658. *Tutelle testamentaire* 680
659. La tutelle légale des ascendants n'existe pas 681
660. A quels enfants naturels s'appliquent les règles ci-dessus et celles qui sont relatives à la tutelle dative. 681
661. *Tutelle dative.* Le tuteur datif est nommé par le tribunal. 681
662. Quel est le tribunal compétent. Distinctions à faire 682

(Nos) Pages
663. *Première hypothèse.* L'enfant n'est reconnu par aucun de ses auteurs 682
664. *Deuxième hypothèse.* L'enfant est reconnu par ses deux auteurs ou par l'un d'eux. 685
665. Par qui le tribunal peut-il être saisi? 686
666. Le principe de l'unité de la tutelle s'applique à la tutelle des enfants naturels 687
667. *Subrogé tuteur.* Comment et quand est-il nommé? 688
668. Causes d'incapacité, d'excuse, d'exclusion et de destitution de la tutelle. 691
669. *Tribunal.* Le tribunal joue le rôle du conseil de famille. Quel est le tribunal compétent 692
670. Attributions du tribunal. Procédure 696
670 *bis.* Recours contre les décisions du tribunal 697

CHAPITRE III

DE L'ÉMANCIPATION. NOTIONS GÉNÉRALES

671. Avantages de l'émancipation 701
672. Définition 702
673. De l'émancipation en droit romain 702
674. De l'émancipation dans l'ancien droit français. 704
675. Pays de droit écrit. 704
676. Pays de coutumes 705

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES SORTES D'ÉMANCIPATION

677. Deux sortes d'émancipation. 706

§ I. *De l'émancipation tacite.*

678. Motifs. 707
679. Le mariage émancipe de plein droit 708
680. Pourvu qu'il soit valable. 708
681. Effets du jugement qui annule le mariage. Mariage putatif. . . . 709
682. La dissolution du mariage n'entraîne pas la cessation de l'émancipation 709
683. Irrévocabilité de l'émancipation tacite 709
684. Pas d'autres faits entraînant émancipation tacite 709

§ II. *De l'émancipation expresse.*

685. D'où elle résulte. Deux cas à distinguer 709

N° 1. Emancipation conférée par le père ou la mère.

686. Supposons un enfant légitime ayant ses père et mère ou l'un d'eux 710
687. A quel âge l'enfant peut être émancipé 710
688. Formes de l'émancipation 710

N°		Pages
689.	La déclaration du père ou de la mère doit être expresse	711
690.	Devant quel juge de paix elle doit être faite	711
691.	Rôle purement passif du juge de paix	712
692.	Le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire	712
693.	Aucun recours contre l'émancipation conférée par le père ou la mère	712
694.	Auquel des père et mère appartient la faculté d'émanciper l'enfant? Plusieurs hypothèses à distinguer	712
695.	I. Les père et mère, non divorcés ou séparés de corps, sont tous deux vivants et capables d'exercer la puissance paternelle	712
696.	II. Les père et mère étant, tous les deux, vivants et capables, le divorce ou la séparation de corps a été prononcé entre eux	712
697.	III. Décès de l'un des deux auteurs	714
698.	IV. Les deux auteurs sont vivants, mais l'un d'eux est incapable ou indigne d'exercer la puissance paternelle	715
699.	Cas où le père est déchu de la puissance paternelle	715
700.	*Quid* dans les autres cas?	716
701.	Qui peut émanciper un enfant naturel reconnu	718

N° 2. Emancipation conférée par le conseil de famille.

702.	Conditions requises	718
703.	I. L'enfant doit avoir 18 ans révolus	718
704.	II. Il faut qu'il soit resté sans père ni mère	719
705.	Pas d'autres conditions requises	720
706.	Pourquoi la loi a conféré au conseil de famille et non au tuteur le pouvoir d'émanciper l'enfant	720
707.	Qui peut requérir l'émancipation	720
708.	Le juge de paix peut-il convoquer d'office le conseil de famille?	721
709.	Le conseil de famille apprécie l'utilité de l'émancipation	721
710.	Formes de l'émancipation	721
710 *bis*.	Emancipation des enfants naturels non reconnus ou dont les auteurs sont décédés	722
711.	Cas particuliers d'émancipation expresse	722

SECTION II

DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

712.	Trois effets	723

§ I. *Extinction de la puissance paternelle et de la tutelle.*

713.	Tantôt l'émancipation fait simplement cesser la tutelle ou la puissance paternelle, tantôt elle met fin à la fois à la puissance paternelle et à la tutelle	723
714.	Reddition des comptes de tutelle. L'art. 472 est-il applicable?	723
715.	L'émancipation fait cesser la puissance paternelle *stricto sensu* et non la puissance paternelle *lato sensu*	725

§ II. *Organisation de la curatelle.*

716.	Nomination d'un curateur permanent	726

(Nos) Pages
717. Il est toujours nommé par le conseil de famille 726
718. Le mari est-il le curateur légal de sa femme mineure? 727
719. Le père, la mère, les ascendants ne sont pas curateurs de plein droit 729
720. Comment est composé le conseil de famille 731
721. La curatelle est-elle une charge obligatoire? 731
722. Le curateur peut-il faire valoir des causes d'excuse, et lesquelles? 732
723. Y a-t-il des causes d'incapacité et d'exclusion? 732
724. Fonctions du curateur 733
725. Responsabilité du curateur. 734

§ III. *Capacité restreinte conférée au mineur.*

726. Principe. 734
727. Trois catégories d'actes à envisager. 736

N° 1. Actes que le mineur émancipé peut faire seul, sans l'assistance de son curateur et sans formalités spéciales.

1. *Actes extrajudiciaires d'administration pure.*

728. Le mineur émancipé peut faire seul les actes de pure administration. 737
729. Actes conservatoires. 738
730. Baux de neuf ans au plus 738
731. Perception des revenus 738
732. Emploi des revenus 738
733. *Quid* du placement des capitaux? 738
734. Vente des meubles corporels 740
735. Aliénation des meubles incorporels. Renvoi. 741
736. Actes intéressant les revenus. Transaction et compromis. 741

2. *Des engagements contractés par le mineur.*

737. Le mineur peut s'engager pour les besoins de son administration. 742
738. Opinion d'après laquelle le mineur pourrait contracter des engagements valables, même au delà des besoins de son administration. 742

3. *Capacité du mineur en matière judiciaire.*

739. Exercice des actions mobilières 744
740. Exercice des actions possessoires 744

N° 2. Des actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle.

741. Actes complètement interdits au mineur. Énumération 745
742. Actes dont la validité est subordonnée à l'observation des conditions et formes imposées au mineur non émancipé 745
743. La liste de ces actes est limitative. 745
744. Aliénation des immeubles. 746
745. Emprunt 746

N°		Pages
746.	Constitution d'hypothèque	747
747.	Acceptation d'une succession ou d'un legs universel	747
748.	Acquiescement à une demande immobilière	747
749.	Partage	747
750.	Transaction	747
751.	Aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur émancipé au cours de la tutelle	747
752.	Conversion des titres nominatifs en titres au porteur dans le même cas	749
753.	Le mineur émancipé n'est pas tenu de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs	749
754.	Pour l'accomplissement des actes énumérés ci-dessus l'assistance du curateur est-elle requise?	749

N° 3. Des actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.

755.	Ces actes constituent le droit commun	750
756.	Réception du compte de tutelle	750
757.	Exercice actif ou passif d'une action immobilière	750
758.	Exercice d'une action ayant pour objet un capital mobilier ou une universalité mobilière	751
759.	Exercice de l'action en partage	752
760.	*Quid* des actions relatives à l'état et à la capacité?	752
761.	Réception d'un capital mobilier. Le curateur doit en surveiller l'emploi	752
762.	Acceptation d'une donation	753
763.	Aliénation des meubles incorporels et conversion des titres nominatifs en titres au porteur, lorsqu'il s'agit d'un mineur qui a été émancipé expressément du vivant de ses deux auteurs, ou tacitement par son mariage	753
764.	Conversion d'une saisie immobilière en vente volontaire	754
765.	Si le curateur refuse son concours au mineur, celui-ci peut-il exercer contre lui un recours?	754
766.	Le curateur ne peut pas faire pour le mineur un acte que celui-ci se refuse à faire	755

SECTION III

COMMENT L'ÉMANCIPATION PREND FIN

767.	Mort ou majorité du mineur, ou révocation de l'émancipation	755
768.	Faculté accordée au mineur de demander la réduction de ses engagements	755
769.	Quand y a-t-il excès dans les obligations contractées par le mineur?	757
770.	Le juge ne peut pas relever complètement le mineur de ses engagements	757
771.	Qui peut exercer l'action en réduction?	757
772.	Retrait de l'émancipation	758
773.	L'émancipation peut-elle être révoquée pour cause d'inconduite du mineur?	759

(Nos) Pages
774. Par qui et dans quelles formes l'émancipation est révoquée . . . 759
775. L'émancipation résultant du mariage est irrévocable 760
776. Le mineur peut-il exercer un recours contre la décision qui lui retire le bénéfice de l'émancipation ? 760
777. Effets du retrait de l'émancipation 761
778. Prohibition d'une émancipation nouvelle 762
779. Disposition de l'art. 487 762

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE

(Livre I, titre XI du Code civil).

INTRODUCTION

DE LA MAJORITÉ

Notions générales et historiques sur la condition des aliénés.

780. Date de la majorité. Comment elle se calcule 763
781. Le majeur est capable. Restrictions à ce principe. Les facultés mentales doivent être intactes. 765

HISTORIQUE

I. *Droit romain.*

782. Curatelle générale 766
783. I. Condition des aliénés à Rome : curatelle des fous. 766
784. II. Condition des prodigues à Rome : interdiction des prodigues. 768

II. *Ancien droit.*

785. I. Condition des aliénés : interdiction générale 769
786. II. Condition des prodigues : interdiction spéciale. 771

III. *Droit intermédiaire.*

787. Peu d'importance de cette période 771

IV. *Code civil et loi du 30 juin 1838.*

788. Système général du code civil 772
789. Situation des aliénés non interdits ou non pourvus d'un conseil judiciaire : pas d'internement possible sans interdiction, en théorie 772
790. Pratique contraire : abus. Réforme de la loi du 30 juin 1838 . . . 773
791. Lacunes de cette loi : projets et propositions de lois 773

CHAPITRE PREMIER

DES ALIÉNÉS QUI NE SONT NI INTERDITS NI INTERNÉS

792. Applications des principes généraux 774

N° Pages
793. Il faudra prouver la démence au moment même de l'acte 775
794. Caractère de la nullité des actes d'un dément 775
795. Règles spéciales pour les actes qui seraient attaqués après la mort de l'aliéné. Renvoi 778

CHAPITRE II

DE L'INTERDICTION

SECTION PREMIÈRE

DES CAUSES DE L'INTERDICTION

796. Art. 489 : Imbécillité, démence, fureur. 778
797. L'aliénation mentale, au sens le plus général du mot, est une cause d'interdiction 779
798. L'état doit être habituel 780
799. Mais non continuel. 780
800. Suite. 708
801. Il n'y a pas d'autres causes d'interdiction que l'aliénation mentale. 781
802. Larges pouvoirs d'appréciation des tribunaux en cette matière . . 781
803. Moyens proposés pour le cas de maladies ne justifiant pas l'interdiction 782
804. Un mineur peut-il être interdit ? 783
805. Suite 783
806. Suite 784
807. Suite 785
807. Une femme mariée peut-elle être interdite ? 785
808. *Quid* de l'étranger ? Renvoi 786

SECTION II

PAR QUI ET CONTRE QUI L'INTERDICTION PEUT ÈTRE PROVOQUÉE

809. Les parents de l'aliéné : généralité de ce terme 787
810. 1° Pas de distinction à faire entre les parents légitimes et naturels 787
811. 2° Il n'y a aucun ordre hiérarchique entre eux. 788
812. 3° Pas de distinction entre les parents majeurs et mineurs 788
813. 4° Lorsqu'un parent a succombé dans sa demande, un autre pourra en former une nouvelle 789
814. Suite 790
815. Droit d'intervention des parents. 790
816. II. Le conjoint de l'aliéné. Son droit d'intervention. *Quid* en cas de divorce ou de séparation de corps ? 791
817. Le ministère public : 1° Cas où il *doit* agir 791
818. 2° Cas où il *peut* agir 792
819. L'énumération de la loi est limitative. Conséquences : *a*. Les alliés ne peuvent pas agir 793
820. *b*. Le tuteur ne peut pas, en cette qualité, provoquer l'interdiction de son pupille à sa majorité 794

(Nos) Pages
821. *c*. L'aliéné ne peut pas provoquer sa propre interdiction 794
822. Suite. 795
823. Suite 795
824. *d*. Les créanciers de l'aliéné ne peuvent provoquer son interdiction 796
825. Contre qui la demande d'interdiction est-elle dirigée? 796

SECTION III

DE LA PROCÉDURE A SUIVRE SUR LA DEMANDE EN INTERDICTION

826. Marche générale de la procédure 796
827. I. Tribunal compétent 797
828. II. Introduction de la demande 798
829. Mentions que doit contenir la requête introductive. Sanction de leur omission. 798
830. III. Examen du tribunal. Divers partis qu'il peut prendre. 799
830. 1° Le tribunal repousse la requête 799
831. 2° Le tribunal admet la requête : convocation du conseil de famille 800
832. Suite. L'opposition est-elle possible contre ce jugement? *Quid* de l'appel? 800
833. IV. Avis de la famille. Composition du conseil de famille. 801
834. Suite. Les personnes qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent en faire partie 801
835. Suite. Exception pour le conjoint et les enfants de l'aliéné : portée exacte de l'exception. 802
836. Sanctions des irrégularités commises dans la composition du conseil de famille. 803
837. Rôle du conseil de famille. 803
838. Recours possibles contre la décision du conseil de famille 803
839. L'avis du conseil de famille est une formalité d'ordre public. Conséquence 804
840. V. Interrogatoire du défendeur. Comment la procédure est portée à la connaissance de l'aliéné 804
841. Le jugement qui ordonne l'interrogatoire doit-il être signifié ? . . 805
842. L'interrogatoire est une formalité substantielle 805
843. *Quid* si le défendeur s'abstient ou refuse de comparaître? 806
844. Où procèdera-t-on à l'interrogatoire ? 806
845. Formes de l'interrogatoire. 806
846. VI. Enquête. Caractère facultatif de l'enquête 807
847. Formes de l'enquête 807
848. Le tribunal pourra ordonner une expertise. 808
849. VII. Administrateur provisoire. De l'utilité de la nomination d'un administrateur provisoire. Caractère facultatif de cette nomination. 808
850. Formes du jugement qui désigne l'administrateur provisoire. . . 808
851. Voies de recours contre ce jugement. 809
852. Choix de l'administrateur provisoire 809
853. Pouvoirs de l'administrateur provisoire. Ce n'est qu'un administrateur. Conséquences 809

N°		Pages
854.	Peut-il représenter l'aliéné dans l'exercice des actions ?	810
855.	Le tribunal peut donner des pouvoirs spéciaux à l'administrateur.	811
856.	Responsabilité de l'administrateur provisoire	811
857.	VIII. Jugement. Diverses solutions que peut adopter le tribunal.	811
858.	On ne peut acquiescer à un jugement d'interdiction ni se désister sur l'appel.	812
859.	IX. Voies de recours contre le jugement.	813
859.	1° Opposition. L'opposition est possible	813
860.	Effets de l'opposition.	813
861.	2° Appel.	814
862.	Effets de l'appel.	814
863.	3° Recours en cassation	815
864.	Tierce opposition.	815
865.	X. Publicité du jugement. Décisions qui y sont soumises. *Quid* de l'arrêt infirmant le jugement d'interdiction?	816
866.	En quoi consiste la publicité? 1° Publicité organisée par l'art. 501 C. civ.	816
867.	Sanction de cette publicité	817
868.	Insuffisance de ce système de publicité. Formalités complémentaires édictées par la loi du 16 février 1893.	818
869.	Sanction.	819

SECTION IV

DES EFFETS DE L'INTERDICTION

870.	Incapacité générale et mise en tutelle de l'interdit.	820

§ I. *De la tutelle des interdits.*

871.	Les règles de la tutelle des mineurs sont applicables d'une façon générale à la tutelle des interdits	820

N° 1. Organisation de la tutelle.

872.	1° La tutelle de l'interdit est en principe dative	820
873.	Le demandeur à l'interdiction peut-il faire partie du conseil de famille qui désignera le tuteur?.	820
874.	*Quid* de la femme de l'interdit?.	821
875.	2° Exceptions au principe que la tutelle est dative : A. Interdiction d'un mineur	822
876.	B. Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite	822
877.	La femme peut-elle être tutrice de son mari interdit?.	822
878.	A quel moment le tuteur est-il désigné?	823

N° 2. Pouvoirs du tuteur.

879.	Application en principe des règles de la minorité	824
880.	I. Pouvoirs généraux du tuteur : sa double mission. Différences avec la tutelle des mineurs	824
881.	1° Emploi des revenus de l'interdit à l'adoucissement de son sort.	824
882.	2° Désignation du lieu où l'interdit sera soigné	824
883.	3° Pouvoirs du tuteur en cas de mariage de l'enfant de l'interdit.	825

(Nos) Pages
884. Peut-on étendre ces pouvoirs à un établissement autrement que par mariage? 827
885. Peut-on les étendre au cas de mariage des petits-enfants de l'interdit? *Quid* de l'enfant naturel? 827
886. Renvoi aux règles de la tutelle des mineurs 828
887. II. Pouvoirs du tuteur lorsque l'interdit est marié. 829
888. 1° Le mari est tuteur de sa femme interdite 829
889. 2° La femme est tutrice de son mari. A. Le conseil de famille règlera les conditions de son administration 829
890. Exercice par la femme de ses droits personnels et de ceux de son mari. 830
891. 3° La tutelle du mari interdit est confiée à un tiers 831
892. 4° La tutelle de la femme est confiée à un tiers 832

§ II. *Effets de l'interdiction sur les actes passés par l'interdit.*

893. L'interdiction produit ses effets sur les actes antérieurs et postérieurs au jugement. 832

N° 1. Actes passés postérieurement à l'interdiction et avant qu'elle ait été levée.

894. Art. 502 C. civ. 832
895. I. Moment auquel se produisent les effets de l'interdiction 832
896. II. Caractère de la nullité. C'est une nullité relative 834
897. Sens des expressions « *nuls de droit* » dans l'art. 502 C. civ. . . 834
898. La nullité atteint même les actes passés dans un intervalle lucide. 835
899. La nullité est indépendante de toute lésion subie par l'interdit. . 835
900. Théorie d'après laquelle il serait possible de prouver l'aliénation mentale au moment où l'acte a été passé. Réfutation 836
901. Conséquences du caractère relatif de la nullité. 836
902. III. Actes auxquels l'art. 502 C. civ. est inapplicable. 837
902. Caractère de généralité de cet article. 837
903. L'art. 502 comporte cependant des exceptions : comment les justifier? 838
904. Système de Demolombe. 839
905. Critique. 840
906. Système de Laurent 840
907. Applications. A. Renvois 841
908. B. Mariage : Controverse 841
909. Suite 842
910. Suite 842
911. Conséquences de la validité du mariage de l'interdit 844
912. L'interdiction rend recevable l'opposition au mariage pour cause de démence. 845
913. L'interdit qui a atteint l'âge compétent pour le mariage n'a besoin d'aucune autorisation spéciale pour se marier 846
914. C. Contrat de mariage. Renvoi 846
915. D. Donation et testament : Controverse 846
916. Suite 847
917. Suite 847

N°		Pages
918.	E. Influence de l'interdiction sur la responsabilité pénale.	847
919.	F. Influence de l'interdiction en matière de délits et quasi-délits civils	848

N° 2. Actes passés antérieurement à l'interdiction.

920.	Deux sortes de dérogations au droit commun	848

I. *Explication de l'art. 503 C. civ.*

921.	Il ne s'agit plus de prouver la démence au moment de l'acte . . .	848
922.	I. Conditions d'application de l'art. 503. 1° Il faut que la cause d'interdiction existe au moment où l'acte a été passé	849
923.	2° Il faut que l'état de l'aliéné soit déjà notoire à cette époque . .	849
924.	3° Faut-il que cet état ait été connu des tiers avec lesquels l'aliéné a contracté?	849
925.	II. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux	850
926.	III. Caractère de la nullité édictée par l'art. 503 : nullité relative.	851
927.	Prescription de l'action en nullité : point de départ de cette prescription	851
928.	IV. A quels actes s'applique l'art. 503?	852
929.	Les termes de l'art. 503 sont moins généraux que ceux de l'art. 502. Conséquences	852
930.	*Quid* des donations et des testaments? Renvoi	853
931.	V. Preuve de l'antériorité des actes.	853

II. *Explication de l'art. 504 C. civ.*

932.	On ne peut en principe attaquer pour cause de démence les actes d'une personne décédée	854
933.	I. Motif de la dérogation apportée au droit commun par cet article.	855
934.	II. Exceptions qu'elle comporte : 1° On peut attaquer pour cause de démence les actes d'une personne morte, lorsque son interdiction a été prononcée ou provoquée de son vivant	855
935.	Que faut-il entendre par interdiction *provoquée?*	856
936.	Quelle preuve devront fournir les héritiers?	857
937.	Peut-on écarter l'art. 504 au cas de folie purement accidentelle? .	857
938.	2° On pourra attaquer les actes d'une personne morte lorsque la démence résultera de l'acte lui-même	857
939.	III. Actes auxquels s'applique l'art. 504.	858

§ III. *De certaines incapacités spéciales résultant du jugement d'interdiction.*

940.	Influence de l'interdiction judiciaire sur l'état de l'interdit. . . .	859

SECTION V

CESSATION DE L'INTERDICTION

941.	Deux causes de cessation de l'interdiction	860
942.	I. Qui peut provoquer la mainlevée de l'interdiction?	860
943.	II. Contre qui sera dirigée la demande de mainlevée?	861

(N°s) Pages
944. III. Tribunal compétent : procédure, jugement 861
945. Publicité du jugement 861
946. Voies de recours 861
947. Extinction de l'instance en mainlevée 862
948. IV. Effets de la mainlevée 862
948 *bis*. Observation 862

CHAPITRE III

DU CONSEIL JUDICIAIRE

949. Définition 862

SECTION PREMIÈRE

A QUELLES PERSONNES PEUT-IL ÊTRE NOMMÉ UN CONSEIL JUDICIAIRE

950. Deux causes de nomination d'un conseil judiciaire 863

§ I. *Faiblesse d'esprit.*

951. Définition 863
952. Un conseil judiciaire peut-être donné en dehors d'une demande en interdiction 863
953. Pouvoirs d'appréciation des juges 864

§ II. *Prodigalité.*

954. Pas de définition du code civil 864
955. Que faut-il entendre par prodigalité? 864
956. Des caractères que doit présenter la conduite d'un individu pour être taxée de prodigalité. Pouvoirs d'appréciation des juges . 865
957. La loi n'a pas fixé de degré de la prodigalité 866
958. Critiques dirigées contre l'institution du conseil judiciaire pour cause de prodigalité 866

§ III. *Tout prodigue ou faible d'esprit peut-il être pourvu d'un conseil judiciaire ?*

959. Il faut répondre affirmativement 867
960. Mineurs 867
961. Femme mariée 868
962. Individu sans fortune 869
962. *Quid* d'un étranger? 869

SECTION II

QUI PEUT PROVOQUER LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

963. En principe, les mêmes personnes qu'en matière d'interdiction . 869
964. *Quid* du ministère public? 870
965. *Quid* de l'intéressé lui-même? 870

Nos Pages

SECTION III

PROCÉDURE A SUIVRE POUR LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE
DÉSIGNATION DU CONSEIL

966. Procédure. — Même procédure qu'en matière d'interdiction. . . 871
967. Conseil provisoire 871
967 bis. Pouvoirs de ce conseil 873
968. Désignation du conseil judiciaire. Il n'y a pas de conseil judiciaire légal ou testamentaire. 873
969. La fonction de conseil judiciaire n'est pas obligatoire. 874

SECTION IV

FONCTIONS ET RESPONSABILITÉ DU CONSEIL JUDICIAIRE

§ I. *Fonctions du conseil judiciaire.*

970. Il doit donner son assistance 875
971. Cette assistance doit être spéciale. 876
972. Elle doit être désintéressée. 876
973. Moment où elle doit être donnée. 877
974. Refus d'assistance 877

§ II. *Responsabilité du conseil judiciaire.*

975. 1re *Opinion :* Il ne serait responsable que de son dol ou de sa faute lourde 878
976. 2e *Opinion :* Sa responsabilité est celle d'un mandataire 878
977. Il n'est pas comptable 878

SECTION V

EFFETS DE LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

978. Incapacité de l'individu qui en est pourvu. 878

§ I. *Caractère de cette incapacité.*

979. C'est une incapacité restreinte qui n'est ni celle de l'interdit, ni celle du mineur émancipé. 879

§ II. *Étendue de cette incapacité.*

980. Pas de différence entre le prodigue et le faible d'esprit. 879
981. Critiques adressées au système de la loi. 880
982. Nécessité d'élargir les art. 499 et 513. 880
983. Il y a lieu d'examiner deux catégories d'actes. 881

N° 1. Actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire sans l'assistance de son conseil.

984. I. Actes prévus par la loi. 1° Défense de plaider. 881
985. A. Peu importe le rôle du prodigue ou du faible d'esprit. 881
986. B. Peu importe le degré de juridiction. 882

(Nos) Pages
987. C. L'objet du procès est indifférent. 883
988. Exceptions admises, à ce dernier point de vue, au principe de la prohibition de plaider 883
989. Conséquences de la défense de plaider. 884
990. 2° Défense de transiger. 884
991. 3° Défense d'emprunter. 885
992. 4° Défense de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge 885
993. 5° Défense d'aliéner. 885
994. A. Cette prohibition s'applique à tous les biens 886
995. B. Elle s'applique à tous les actes d'aliénation. 886
996. *Quid* des libéralités en faveur du mariage ? 887
997. 6° Défense d'hypothéquer. 888
998. II. Actes non prévus par la loi. 1° Constitution de droits réels. . 888
999. 2° Renonciation à prescription 888
1000. Acceptation d'une succession ou d'une donation. 888
1001. 4° Renonciation a une succession, un legs ou une donation. . . . 889
1002. 5° Partage. 890
1003. 6° Compromis 890
1004. 7° Obligations (renvoi). 890

N° 2. Actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut faire sans l'assistance de son conseil.

1005. Distinction. 890
1006. I. Actes relatifs à la personne. 890
1007. II. Actes relatifs au patrimoine. 891
1008. 1° Testament. 891
1009. 2° Actes d'administration : A. Réparations. 891
1010. B. Baux. 892
1011. C. Actes conservatoires 892
1012. D. Dépenses personnelles 892
1013. E. Louage de services 892
1014. F. Perception et placement des revenus. 893
1015. 3° Obligations 893
1016. Système de la jurisprudence. 894
1016. 4° Contrat de mariage. Renvoi 895

§ III. *Sanction de l'incapacité.*

1017. Point de départ de l'incapacité 895
1018. Nullité relative des actes postérieurs au jugement. 895
1019. Conséquences : l'incapable seul et ses représentants peuvent invoquer la nullité 895
1020. Théorie de la jurisprudence d'après laquelle le conseil pourra agir en nullité 896
1021. Critique 896
1022. Théorie de M. Lyon-Caen. 897
1023. Ratification de l'acte 898
1024. Prescription de l'action en nullité. 898
1025. La nomination d'un conseil n'a aucun effet sur les actes anté-

N°s Pages

rieurs : théorie contraire de la jurisprudence en cas de fraude. 898
1025 *bis*. *Quid* des dommages-intérêts contre les tiers ? 899
1025 *ter*. Suite 900
1025 *quater*. Suite 900

SECTION VI

MAINLEVÉE DE L'INCAPACITÉ

1026. Application générale des règles de l'interdiction. 901

CHAPITRE IV

DES ALIÉNÉS INTERDITS

1027. Introduction 902
1028. Notions générales sur les dispositions administratives concernant ces aliénés. 902
1029. Suite. 903
1030. Suite 904

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES MESURES DE PROTECTION ÉTABLIES PAR LA LOI EN FAVEUR DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

1031. Notions générales 904

§ I. *Curateur.*

1032. Sa désignation et son rôle. 905

§ II. *Administrateur provisoire.*

1033. I. Nomination 905
1034. Qui peut la provoquer 906
1035. Peut-on désigner un administrateur à une personne qui a donné à un tiers une procuration générale ?. 906
1036. *Quid* si l'aliéné est une femme mariée ? 907
1037. II. Fonctions et pouvoirs. Caractère obligatoire et gratuit de cette charge. 907
1038. Il n'y a que des pouvoirs d'administration 907
1039. 1° Recouvrement des créances 907
1040. 2° Vente du mobilier. 908
1041. *Quid* des offices ministériels ? 908
1042. Placement des deniers. 909
1043. 3° Baux 909
1044. 4° Significations faites à l'interné 909
1045. 5° Représentation de l'aliéné dans certaines procédures 910
1045 *bis*. Rôle de l'administrateur provisoire dans le partage 910
1046. *Quid* pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession ?. . . 911
1047. III. Responsabilité de l'administrateur provisoire 911

(Nos) Pages
1048. IV. Garanties données à l'aliéné : hypothèque judiciaire 912
1049. V. Fin de l'administration provisoire. 912

§ III. *Mandataire* ad litem.

1050. Dans quels cas faut-il désigner un mandataire *ad litem?* 913
1051. *Quid* s'il s'agit de défendre à une demande d'interdiction ?. . . . 913
1052. Ce mandat est un mandat spécial 915
1053. Extension des pouvoirs du mandataire *ad litem* faite par certains arrêts pour l'acceptation et la répudiation des successions . . 915

§ IV. *Notaire.*

1054. Dans quels cas intervient-il et quels sont ses pouvoirs? 916

SECTION II

CAPACITÉ DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

1055. Les actes faits par ces personnes sont simplement annulables . . 917
1056. Quelle preuve devra-t-on rapporter et à qui incombera cette preuve?. 918
1056. *1er système :* 918
1057. *2e système :*. 919
1058. *3e système :* Il faudra prouver la démence au moment de l'acte . 919
1059. La loi de 1838 n'a pas cependant fait une simple application du droit commun. Différences 920
1060. L'innovation importante concerne le point de départ de la prescription décennale 922

SECTION III

CRITIQUES FORMULÉES CONTRE LA LOI DU 30 JUIN 1838. RÉFORMES PROPOSÉES

1061. Critiques générales. Projets de réforme 923
1062. Administration des biens de l'aliéné 924
1063. Pouvoirs de l'administrateur provisoire légal 926
1064. Administrateur judiciaire ou datif 928
1065. Curateur à la personne. 929
1066. Garanties données à l'aliéné. 929
1067. Capacité de l'aliéné. 930
1067 *bis*. Appréciation de la proposition de loi. 930

CHAPITRE V

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

SECTION PREMIÈRE

LÉGISLATION COMPARÉE

1068. § 1. Allemagne et Autriche 931
1068 *bis*. Suite 931

Nos		Pages
1068 *ter*.	Suite	933
1068 *quater*.	Suite	933
1069.	§ 2. Angleterre	934
1070.	§ 3. Belgique	935
1071.	§ 4. Espagne	935
1072.	§ 5. Italie	936
1073.	§ 6. Pays-Bas	936
1074.	§ 7. Russie	936
1075.	§ 8. Etats scandinaves	937
1076.	§ 9. Suisse	937
1076 *bis*.	Législation cantonale	937
1076 *ter*.	Code civil suisse	938

SECTION II

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1077.	Application de la loi personnelle	939
1078.	Conférence de la Haye	942

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME V

I. CODE CIVIL

Articles.	Numéros.
11	14, 308.
13	14, 308.
57	780.
76	780.
108	395 à 397.
141	223.
146	910.
148	780.
174	908, 910, 912, 913.
180	909.
181	909.
184	911.
201	170.
202	170.
203	160.
302	226-6, 273, 696.
312	18.
314	19.
343	11, 15 à 17, 20, 23, 33, 71.
344	11, 15, 24, 27, 35, 38, 45, 46, 70.
345	11, 15, 25, 35, 37, 38, 70.
346	11, 29, 30, 35, 38, 45, 70, 83, 730, 780.
347	35, 90, 100.
348	22, 28, 35, 92 à 94, 100.
349	35, 95, 100.
350	17, 96 à 98, 100, 101, 104.
351	103, 104, 106.
352	100, 103, 105, 106.
353	49, 51, 73.
354	52 à 54.
355	26, 52, 55, 69, 83.
356	52, 55, 58, 59, 107.
357	52, 54 à 59, 107.
358	52, 56, 62.
359	54, 62 à 64.
360	60, 66, 69, 71.
361	109.
362	110.
363	111.
364	110, 113 à 115, 282.
365	114, 115, 282.
366	11, 29, 39 à 43, 67.
367	117.
368	119.
369	120 à 122.
370	114, 282.
371	132, 215, 273.
372	217, 221, 223.
373	217, 222, 223.
374	134, 217.
375	135.
376	137, 144, 145, 217.
377	138, 144, 145, 217.
378	141, 142, 217.
379	143, 145, 217.
380	137, 138, 144, 217.
381	139, 143, 144, 217.
382	137, 138, 144, 146, 217.
383	214 à 217, 226 *bis* à 226 *nonies*, 701.
384	149, 165, 166, 214 *bis*, 215, 219, 219 *bis*.
385	158 à 163, 179.
386	167 à 171.

Articles	Numéros
387	149 à 153, 212.
388	297.
389	180 à 213, 220, 273, 314, 441, 648 à 670.
390	180, 318 à 320.
391	322 à 331, 654.
392	323, 654.
393	332 à 334, 655.
394	335, 336, 657.
395	337 à 347, 656.
396	337 à 347, 656.
397	350 à 358, 658.
398	353 à 358, 658.
399	353, 354, 658.
400	350, 354, 658.
401	357, 658.
402	360 à 362.
403	361, 362.
404	361, 362.
405	364, 396, 664.
406	396 à 398, 406, 665.
407	396 à 398, 402.
408	400, 402.
409	403.
410	404.
411	410.
412	414.
413	411.
414	411, 416.
415	407, 412.
416	416.
417	369 à 374.
418	613.
419	614.
420	378 à 389.
421	379, 667.
422	379.
423	333, 380, 381, 667.
424	387.
425	390.
426	333, 391, 432, 448.
427	436, 668.
428	436, 668.
429	436, 668.
430	436, 668.
431	436, 446, 668.
432	437, 668.
433	438, 668.
434	439, 668.
435	440, 668.
436	441, 668.
437	441, 668.
438	445, 668.
439	445, 668.
440	447, 668.
441	447, 668.
442	320, 449, 668, 940.
443	451, 668.
444	171, 273, 451, 668.
445	452, 668.
446	451, 668.
447	451, 668.
448	451, 668.
449	451, 668.
450	189, 383, 453, 499, 502 à 506, 539, 618, 620 à 622.
451	185, 469 à 476.
452	186, 477 à 479.
453	157, 186, 480, 481.
454	188, 459 à 464, 467.
455	188, 465, 467, 500, 522.
456	188, 466, 467, 500, 522.
457	206, 208, 523, 556 à 563, 744 à 746.
458	206, 208, 556 à 563, 570, 744, 746.
459	206, 561, 744.
460	565, 566.
461	194, 203, 540 à 542, 747.
462	545.
463	547, 548.
464	549, 748.
465	553.
466	588.
467	209, 589, 604, 750.
468	455.
469	626.
470	500, 501.
471	631, 632.
472	190, 634 à 639, 642, 714.
473	630.
474	192, 633.
475	191, 640 à 643.
476	678 à 684.
477	687 à 700.
478	702 à 710 *bis*.
479	707, 710 *bis*.
480	714, 716, 725, 756.

Articles.	Numéros.
481	728 à 740.
482	733, 734, 739, 757, 761.
483	737, 745.
484	166, 733, 734, 738, 743 à 745, 768 à 771, 1016.
485	166, 772 à 775, 782, 805.
486	166, 777, 778.
487	779.
488	780.
489	796 s.
490	816.
491	809 s.
492	826 s.
493	828, 840.
494	853.
495	831, 832, 834 s.
496	850.
497	849, 850, 967.
498	857.
499	857, 911 s., 978 s.
500	862.
501	865 s.
502	794 *ter*, 894 s.
503	792 s., 915, 921 s., 1025.
504	794, 915, 932 s.
505	871, 878.
506	718, 968.
507	874, 877.
508	948.
509	886, 905, 911.
510	881, 882.
511	883 s.
512	821, 943 s.
513	954 s., 978 s.
514	963 s., 1026.
515	966.
516	876.
599	156 *bis*.
601	159.
618	178, 179.
730	154.
776	194, 203.
840	205, 749, 754, 759.
901	915, 916, 989, 1068.
903	915.
904	915.
905	915.
907	189, 623.
908	35.
935	202, 204, 762.
954	179.
1046	179.
1098	98.
1108	794 *ter*, 900, 1059.
1125	896, 901.
1166	901.
1304	896, 901, 909, 927, 1024, 1055 s.
1322	831.
1328	931.
1348	931.
1352	898.
1382	953.
1383	953.
1429	199, 510, 730.
1430	199, 510, 730.
1442	172, 185, 475.
1596	189, 621.
1718	199, 510, 730.
1865	940.
1998	194.
2003	940.
2045	736.
2126	208.
2139	608.
2194	608.
2208	718.
2251	515.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles.	Numéros.
59	827.
83	59, 194, 255, 604, 736, 741.
117	416.
444	210, 387.
456	263 à 265.
581	152.
744	764.
838	183.
883	421 à 429.
884	430.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
888	430.	954	194, 206.
889	430, 447.	968	183.
890 à 899	826 s., 945, 966, 1026.	1003	1003.
953	194, 206.	1004	194, 604, 736, 741.

III. CODE DE COMMERCE

Article.	Numéro.	Article.	Numéro.
18	940.	173	1041.

IV. CODE PÉNAL

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
66	246, 293.	335	228.
333	235.	357	226 *sept.*, 230 *bis*, 283.
334	228, 235.		

V. LOIS SPÉCIALES

Numéros

L. 16-24 août 1790. . . . . 127, 302, 787, 788
L. 29 août 1790. . . . . 787, 788
L. 22 juil. 1791. . . . . 787, 788
D. 18 janv. 1792. . . . . 4, 6
D. 28 août 1792. 127
L. 20 sept. 1792. 127
D. 1er février 1793. 127
L. 5 fructidor an III 787, 788
Arrêté 22 prairial an V 302
Consit. 22 frimaire an VIII. 940
L. 25 ventôse an XI. 866
L. 25 germin.-5 floréal an XI 6, 35
L. 24 mars 1806. . . . . 187, 572, 751
D. 25 sept. 1813. . . . . 187, 572, 751
Ordonn. 29 avril 1831 763
L. 30 juin 1838 . . . . . 788, 1027 s.
L. 3 mai 1844. . . . . 568, 940
L. 5 mars 1849. 940
L. 5 août 1850. 140
L. 22 fév. 1851. 598
L. 15 mars 1850. 599
D. 2 juil. 1866. 599
D. 12 fév. 1869. 791
L. 29 nov. 1872. 940
L. 1 juil. 1874. 940
L. 7 déc. 1874. . . . . 228, 244, 290
L. 27 fév. 1880. . . . 181, 188, 194, 207, 484, 490, 492, 498, 516, 522, 573 à 585, 735, 751 à 754, 761, 763
D. 11 nov. 1885. . . . . 140 à 142

Numéros
L. 20 juil. 1886 610
L. 24 juil. 1889 . . . . . 111 *bis*, 130, 173, 179, 223, 226, 230 à 280, 295, 432, 451, 697, 699
L. 16 fév. 1893 . . . . . 868 s., 945, 966, 1026
L. 20 juil. 1895. 609
L. 24 déc. 1896. 612
L. 1er avril 1898 611
L. 19 avril 1898 . . . . . 230 *bis*, 244, 283, 289 à 295
D. 26 nov. 1899 . . . . . 56, 87, 862
L. 17 mai 1900. . . . . 49, 52
L. 5 déc. 1901 . . . . . 226 *sept.*, 283
L. 25 juin 1902 . . . . . 206 *bis*
L. 3 avril 1903 235
L. 27 juin 1904. . . . . 109, 111 *bis*, 134, 230 *bis*, 278, 282 *bis*, 284, 304, 645, 646, 647, 711
L. 28 juin 1904 647
L. 21 mars 1905 . . . . . 134, 589
L. 22 avril 1905. 154
L. 12 juil. 1905 612
Conférence de La Haye, 17 juil. 1905 1078
L. 9 déc. 1905 33
L. 21 fév. 1906 . . . . . 168, 168 *bis*, 171
L. 12 avril 1906. . . . . 246, 293
L. 18 déc. 1906 . . . . . 134, 230 *bis*, 278, 645, 647, 711
L. 28 mars 1907 612
D. 12 avril 1907 . . . . . 230 *bis*
L. 21 juin 1907. 30
L. 2 juil. 1907. . . . . 129, 214 *bis* à 218, 219 à 220, 226 *bis* à 226 *nonies*, 304, 441, 648 à 670, 701, 710 *bis*, 720
L. 7 nov. 1907. 215

OBSERVATION

La loi du 7 novembre 1907, qui autorise la légitimation des enfants incestueux et, dans certains cas, celle des enfants adultérins, a été promulguée alors que le traité de l'*Adoption* était entièrement composé. Il convient de corriger en tenant compte des dispositions de cette loi, ce que nous disons au n° **36** de l'*Adoption des enfants adultérins et incestueux*.

Universitas Ottaviensis BIBLIOTHECA Facultas Juris Canonici

30.694. — Bordeaux, Y. Cadoret, imp., 17, rue Poquelin-Molière.

Universitas Ottaviensis

a39003 008533647b